

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'USUFRUIT
D'UN
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

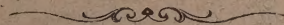
Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le vendredi 17 mars 1922, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

A.-L. DELALANDE

Avocat à la Cour d'appel de Bordeaux



NIORT

IMPRIMERIE SAINT-DENIS

11, AVENUE SAINT-JEAN, 11

1922

L'USUFRUIT D'UN FONDS DE COMMERCE

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

L'USUFRUIT
D'UN
FONDS DE COMMERCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

(Sciences juridiques)

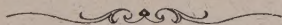
Soutenue devant la Faculté de Droit de Bordeaux

le vendredi 17 mars 1922, à 2 h. 1/2 du soir

PAR

A.-L. DELALANDE

Avocat à la Cour d'appel de Bordeaux



NIORT

IMPRIMERIE SAINT-DENIS

11, AVENUE SAINT-JEAN, 11

—
1922

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE BORDEAUX

PROFESSEUR HONORAIRE : M. SAUVAIRE-JOURDAN,  I.

MM. DUGUIT, ,  I., *Doyen*, professeur de *Droit constitutionnel et administratif* et chargé d'un cours de *Droit constitutionnel* (Doctorat).

DE BOECK,  I., *Assesseur du Doyen*, professeur de *Droit international* et chargé d'un cours de *Droit international privé* (Licence).

BENZACAR,  I., professeur de *Economie politique* et chargé d'un cours de *Législation industrielle* (3^e année).

FERRON,  I., professeur de *Droit commercial*.

BARDE,  I., professeur de *Droit administratif* et chargé d'un cours de *Droit public* (Capacité).

FERRADOU,  I., professeur de *Histoire du droit* et chargé d'un cours de *Histoire du droit privé* (Doctorat).

MARIA,  I., professeur de *Droit romain* et chargé d'un cours de *Histoire du droit public* (Doctorat).

MARGAT,  I., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacité).

BONNECASE,  A., professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit maritime* (3^e année).

LESCURE,  A., , professeur de *Economie politique* et chargé d'un cours de *Histoire des doctrines économiques* (Doctorat).

PALMADE,  A., , professeur de *Droit civil* et chargé d'un cours de *Droit civil* (Capacité).

NOAILLES, professeur de *Droit romain*.

VIZIOZ, professeur de *Procédure civile* et chargé d'un cours de *Droit civil comparé* (Doctorat).

PIROU,  A., professeur de *Economie politique et Science financière* et chargé d'un cours de *Législation coloniale*.

POPLAWSKI, agrégé, chargé du cours de *Droit criminel*.

M. MONTIGAUD,  I., *Secrétaire*.

M^{me} COSTES, *commise au secrétariat*.

M. SALINGARDES,  I., *bibliothécaire*.

COMMISSION DE LA THÈSE

MM. FERRON, professeur..... *Président*.

MARGAT, professeur.....

PALMADE, professeur.....

} *Suffragants.*

INTRODUCTION

De nombreux auteurs ont, depuis quelques années, consacré aux fonds de commerce des travaux parfois considérables ; aucun d'entre eux n'a traité dans son ensemble le sujet de l'usufruit ; à peine lui ont-ils, comme à regret, sacrifié quelques pages, réservant tous leurs développements aux difficultés, d'une actualité brûlante, que soulevaient la vente et surtout le nantissement. De même, les ouvrages de droit civil ne font le plus souvent, au chapitre de l'usufruit, qu'une rapide allusion à cette hypothèse, probablement parce qu'elle n'a fait l'objet d'aucune disposition législative.

En dépit de ce silence, susceptible de donner à penser qu'il s'agit là d'un cas plus curieux que pratique, qu'il suffit de signaler sans s'y arrêter longuement, l'usufruit d'un fonds de commerce n'est point sans applications ; il soulève, en outre, des questions particulièrement intéressantes au point de vue théorique, puisque l'examen et la solution de quelques-unes d'entre elles ont été, pour la jurisprudence, l'occasion de fixer la notion juridique du fonds de commerce (1).

(1) Cass. Civ., 26 février 1894 et Saint-Etienne, 8 mars 1892, S. 95. 1. 102 — ; Cass. Req., 14 décembre 1842. D. R. v° Usufruit, n° 208, n. 2 — S. 43. 1. 22 — ; Cass. Req., 10 avril 1814, D. R. v° Usufruit, n° 207, n. 1 — S. 14. 1. 238 — ; Cass. Sect. Civ., 9 messidor an XI, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1 — Merlin, R. v° Usufruit, § IV, n° VIII, p. 346 — ; Aix, 12 mars 1878, D. S. v° Usufruit, n° 87, n. 1 — S. 78. 2. 265 — ; Rouen, 5 juillet 1824, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1665, n. 1 — S. 25. 2. 132.

Les applications pratiques resteront assez rares, il est vrai, dans le domaine de l'usufruit conventionnel, le caractère toujours aléatoire des opérations commerciales et l'intervention constante d'un élément subjectif dans le succès des entreprises constituant incontestablement un ensemble de conditions peu favorables à l'établissement sur un fonds de commerce d'un simple droit d'usufruit.

Toutefois, l'apport en jouissance à une société et, sous les régimes matrimoniaux où soit le mari, soit la communauté ont l'usufruit des biens de la femme, l'apport en mariage par cette dernière en offrent des exemples. Le second donne même naissance, lorsque la femme demeure à la tête des affaires, à cette situation paradoxale d'un usufruitier confiant au nu-propriétaire l'exploitation de la chose grevée de son droit ; alors se pose la double question de la répartition entre eux des bénéfices et de l'obligation du mari aux dettes, dont la solution se trouve, d'ailleurs, intimement liée par la plupart des auteurs à la détermination préalable du rapport juridique établi entre les époux. Ce problème, dont le vote de la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée n'a pas été sans compliquer la donnée, mais aussi sans renouveler l'intérêt, a été souvent examiné en doctrine ; une étude générale plus approfondie de l'usufruit du fonds de commerce, impliquant en particulier l'analyse de la nature du bénéfice, permettra peut-être de mieux apprécier les solutions déjà préconisées et d'en proposer de nouvelles.

Enfin, il se rencontre dans la jurisprudence des espèces où l'usufruit avait été établi soit par donation (1), soit par testament (2), généralement au profit de la veuve du commerçant.

(1) Toulouse, 18 décembre 1832, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1 (2^e espèce) — S. 33. 2. 209 — ; Rouen, 5 juillet 1824, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1665, n. 1 — S. 25. 2. 132.

(2) Cass. sect. Civ., 9 messidor an XI, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1 (1^{re} espèce) — S. 4. 1. 29 — Merlin, R. v° Usufruit, § IV n° VIII, p. 346 — ; Aix, 12 mars 1878, D. S. v° Usufruit, n° 87, n. 1 — S. 78. 2. 265.

Mais il est appelé à s'exercer surtout sous la forme d'un droit de jouissance légale, la volonté individuelle n'étant plus libre alors d'échapper aux difficultés pratiques que soulève son fonctionnement ; et, précisément, le domaine de l'usufruit légal a été largement étendu par les lois du 2 juillet 1907, accordant aux père et mère naturels le droit de jouissance jusque-là réservé aux parents légitimes (1), et surtout du 9 mars 1891, créant un nouveau cas d'usufruit au profit du conjoint survivant (2) ; en même temps, les entreprises commerciales et industrielles se multipliaient dans une proportion qui, depuis les dernières années du XIX^e siècle, fait plus qu'doubler les chances d'application au fonds de commerce de l'usufruit légal (3).

Il faut reconnaître, d'ailleurs, que les difficultés qui se présentent alors sont nombreuses et délicates à résoudre : elles tiennent à la fois à la complexité du fonds de commerce, objet du droit d'usufruit, et au silence à son égard du législateur de 1804, aux prévisions de qui il paraît avoir totalement échappé.

Dès l'entrée en jouissance, la question se pose du choix de la mesure unique à adopter pour l'ensemble des biens

(1) Art. 384, al. 2, C. Civ.

(2) Art. 767, al. 2 sq., C. Civ.

(3) Les nombres des ventes de fonds de commerce et des ventes de marchandises neuves cédées avec les fonds, soumises à la formalité de l'enregistrement, sont passés respectivement de 36.123 et 9.792 en 1894 à 61.813 et 32.253 en 1913, dernière année normale ; en même temps, les valeurs sur lesquelles les droits étaient assis se trouvaient fixées respectivement, pour les fonds et les marchandises, à 217.297.750 francs et 49.919.924 francs en 1894 et à 536.622.530 francs et 217.716.555 francs en 1913 (B. S., I, 1897, tableau III, p. 120 et 121, et XIX, 1920, tableau I, p. 92 et 93).

Le nombre total annuel des ventes a donc progressé de 105 % en vingt ans et la valeur des fonds de commerce vendus, y compris les marchandises, de 182 % dans la même période.

Rien ne peut mieux démontrer que ces chiffres le développement en France des exploitations commerciales dont le nombre et la valeur absolus ont logiquement suivi la même progression.

affectés à l'exploitation, afin de sauvegarder les droits du nu-propiétaire si l'usufruitier ne trouve pas de caution ; l'application simultanée aux divers éléments envisagés dans leur individualité des garanties prévues aux articles 602 et 603 du Code Civil n'aurait point, en effet, pour conséquence d'assurer la conservation, mais de rendre inévitable la perte du fonds de commerce.

Quand on envisage ensuite les modalités de la jouissance, on peut se demander si le droit de vendre le fonds, parfois accordé à l'usufruitier par la jurisprudence, est justifié et, dans un cas particulier, si le mari peut aliéner le fonds de commerce dotal ; on peut hésiter aussi à permettre à l'usufruitier de louer le fonds, en présence des termes de l'article 595 du Code Civil qui, strictement interprété, paraît limiter aux seuls immeubles son pouvoir de consentir une location ; et, si l'on résout cette question par l'affirmative, il faut déterminer les effets du bail, à l'égard du nu-propiétaire, à l'expiration de l'usufruit ; enfin, lorsque, suivant l'hypothèse normale, l'usufruitier prend lui-même la direction de l'entreprise, les difficultés se multiplient : elles sont aussi variées que divers sont les biens groupés en vue de l'exploitation commerciale sur lesquels s'exerce son droit.

Ce sont, en ce qui concerne les marchandises, la recherche d'un fondement du droit d'aliéner, nécessairement reconnu à l'usufruitier, et surtout, pour les marchandises encore et le matériel, la détermination de l'étendue de son obligation d'entretien.

Lorsque le fonds de commerce comprend des éléments, comme un bail, des brevets, des droits de propriété littéraire, dont la valeur va s'affaiblissant avec le temps puisqu'ils sont destinés à disparaître quand prennent fin le droit ou le monopole dont ils assurent le bénéfice, que décider si ces éléments ont cessé d'exister à l'expiration de l'usufruit ? Sans doute, c'étaient des biens de leur nature temporaires ; par suite, le nu-propiétaire ne peut, semble-t-il, prétendre obtenir aucune indemnité ; mais, du moins, l'usufruitier ne devrait-il pas assurer leur rem-

placement dans l'économie générale du fonds de commerce ? Si l'on admet cette solution, se présente alors spécialement la question du renouvellement par l'usufruitier de la location de l'immeuble commercial, question difficile à éluder parce que le droit au bail constitue un élément certain et un élément important du fonds de commerce et que l'on conçoit mal que l'usufruitier puisse assurer la conservation et la restitution de ce dernier sans substituer un bail nouveau au bail expiré. Mais alors on se trouve entraîné à reconnaître que les obligations nées du contrat intervenu entre l'usufruitier et le bailleur d'immeuble doivent, à l'expiration de l'usufruit, produire effet à l'égard du nu-propriétaire, comme, au début, celles qui résultaient du bail en cours à l'entrée en jouissance produisaient effet à l'égard de l'usufruitier qui n'avait point été partie au contrat ; il faut trouver une explication à ce double transport de créances et de dettes et en déterminer les conséquences.

Il y a là un exemple certain de l'incorporation d'obligations au fonds de commerce, dont l'étude de l'usufruit démontre la nécessité ; dès lors, élargissant le débat, il est permis de se demander si cet exemple est absolument isolé, ainsi qu'on l'affirme généralement, ou si, au contraire, d'autres obligations, également indispensables à l'exploitation et, par suite, à la conservation du fonds de commerce, n'en doivent pas suivre le sort.

Toutes ces difficultés et celles, plus nombreuses, qui, se joignant à elles, se succéderont au cours des pages qui vont suivre, ne peuvent être résolues sans qu'ait été d'abord précisée la notion même du fonds de commerce ; l'étude que nous abordons, offre ainsi le grand avantage d'imposer une analyse complète de sa nature juridique et, quand elle est une fois fixée, donne l'occasion d'en dégager toutes les conséquences : de même qu'au cas de nantissement, tous les intérêts en jeu concourent à exiger que le fonds de commerce puisse être normalement exploité et conservé ; et comme, le plus souvent, l'étendue du droit de l'usufruitier et les règles de sa jouissance n'ont point été établies

par convention ou même ne pouvaient l'être puisque l'usufruit tire généralement, ainsi que nous l'avons vu (1), son origine de l'application d'une disposition légale, comme, d'autre part, le législateur, n'ayant pas eu les mêmes motifs d'intervenir qu'en matière de gage, n'a pas suppléé au silence des intéressés, l'étude de l'usufruit apparaît particulièrement favorable à la recherche de la notion et de la composition normales du fonds de commerce, c'est-à-dire à la détermination de ses éléments et à leur groupement suivant une conception juridique qui réponde à la réalité et permette aux nécessités économiques de recevoir satisfaction.

C'est là l'intérêt théorique de notre sujet.

*
**

La conception du fonds de commerce se rattache à la tendance que manifeste la civilisation moderne de revêtir les richesses de formes immatérielles pour satisfaire des besoins sans cesse croissants ; le progrès consiste ainsi à faire apparaître de temps à autre des valeurs nouvelles, sur lesquelles on s'empresse de battre monnaie (2) : le fonds de commerce est, sous sa forme actuelle, un de ces biens de création toute récente dont l'évolution n'est point encore achevée.

L'histoire offre, il est vrai, quelques précédents qui permettraient d'en considérer la notion comme renouvelée de l'ancien droit ou surtout du droit romain, si un examen plus général des textes ne démontrait qu'il s'agit seulement, en réalité, de solutions pratiques fragmentaires (3), sans portée en dehors des cas particuliers auxquels elles s'appliquent et ne se rattachant point à une théorie géné-

(1) Cf. *supra* p. 9.

(2) Cf. S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 371 et 372, M. Thaller.

(3) En raison de ce caractère, ces précédents historiques, souvent curieux, seront rappelés seulement en examinant les questions auxquelles ils se rapportent : Cf. *infra* en particulier p. 37, n. 1, 114, n. 3, 120, n. 2, 136, n. 2, 216, n. 2 et 240, n. 1.

rale que personne ne pensait ni ne pouvait alors établir. Il convient de noter, toutefois, que c'est dans une affaire d'usufruit qu'en 1641 le fonds de boutique semble apparaître pour la première fois dans la jurisprudence comme une ébauche, d'ailleurs à peine reconnaissable, de notre fonds de commerce ; et, pour motiver leur décision, au reste fort judicieuse (1), les juges sont obligés de prendre parti sur sa nature juridique ; c'est là le premier exemple de l'influence qu'exercera sur le développement de la notion de fonds de commerce la théorie de l'usufruit, mais il demeure isolé jusqu'à la fin de l'ancien régime ; aussi pouvons-nous limiter notre étude au droit français contemporain.

La notion de fonds de commerce ne s'est, en effet, dégagée qu'au cours du XIX^e siècle sous l'influence de conditions plus favorables, liberté rendue au commerce et à l'industrie, d'une part, et, d'autre part, développement et reconnaissance juridique comme biens susceptibles d'appropriation des droits communément groupés sous la dénomination de propriété industrielle, littéraire et artistique, appelés à occuper une place souvent prépondérante dans la composition du fonds de commerce (2).

Celui-ci n'a fait son apparition dans les textes législatifs que dans le dernier tiers de cette période.

La première, la loi du 28 février 1872 le mentionne pour appliquer, au cas de mutation, un droit d'enregistrement différent aux marchandises en magasin et aux autres éléments (3) ; exclusivement fiscale, elle n'a nullement pour but d'en déterminer la nature juridique et fournit seulement contre ceux qui voudraient en exclure les marchandises un argument très secondaire (4).

Un peu plus tard, la loi du 30 avril 1886 sur l'usurpation

(1) Arrêt du parlement de Besançon du 31 août 1641, rapporté par Hartmann, p. LVII et LVIII.

(2) Cf. cependant, sur l'origine de ces droits sous l'ancien régime et le droit intermédiaire, *infra* p. 71, n. 1 et p. 72, n. 4.

(3) Loi du 28 février 1872, art. 7.

(4) Cf. *infra* p. 48.

des médailles et récompenses industrielles oppose les distinctions obtenues par le commerçant personnellement à celles qui ont été décernées à la maison, dont elle consacre ainsi l'individualité (1).

Puis, le 1^{er} mars 1898, le législateur intervient pour mettre un terme à la controverse qui s'était élevée entre les juridictions civiles et commerciales sur le point de savoir si le nantissement pouvait être réalisé sans dessaisissement et quelle en était l'étendue ; mais son texte laconique, qui visait uniquement la première de ces difficultés, perpétue les discussions et le vote d'une nouvelle loi apparaît aussitôt nécessaire. Le seul point à retenir, c'est que, par la forme donnée à la disposition nouvelle d'une addition à l'article 2075 du Code Civil, le législateur de 1898 paraissait consacrer l'opinion qui considérait le fonds comme un meuble incorporel, bien qu'il en fût l'objet d'une véritable hypothèque (2).

La loi du 17 mars 1909 établit une réglementation du nantissement beaucoup plus complète, mais encore très imparfaite, et organise aussi la vente. Avec elle, le gage est retiré du Code Civil ; par suite, l'argument disparaît que l'on pouvait tirer de l'incorporation du texte qu'elle abroge à l'article 2075, quant à la nature mobilière et incorporelle du fonds de commerce.

Enfin, la loi du 22 novembre 1918 incorpore certains contrats de louage de services à l'entreprise, en imposant à cette dernière, et non pas à l'employeur personnellement, l'obligation de reprendre le personnel démobilisé qui lui était attaché avant la guerre par un contrat de travail (3).

La loi sur la vente et le nantissement, la plus importante (les autres textes, très spéciaux, ne sauraient avoir plus de portée), est exclusivement destinée à donner des solutions

(1) Loi du 30 avril 1886, art. 1^{er}, al. 1^{er}.

(2) Baudry-Lacantinerie et de Loynes, du Nantissement, I, n° 81-J, p. 71 à 73 ; Planiol, II, n° 2709, p. 828 ; Wahl, Note sous Paris, 14 mars 1900, S. 01.2. 153 (p. 155, 2^e colonne).

(3) Loi du 22 novembre 1918, art. 1^{er}, al. 1 et 2.

pratiques aux difficultés qui s'étaient multipliées (1) ; elle se garde de déterminer quels éléments peuvent faire partie du fonds de commerce et quels sont ceux qui en sont exclus et, surtout, évite de se prononcer sur sa nature juridique ; ses auteurs ont estimé sans doute que l'élaboration de cette conception demeurerait encore par trop incomplète pour qu'elle soit susceptible d'une réglementation législative ; sans doute aussi, ont-ils été embarrassés pour prendre parti entre les opinions infiniment variées et profondément divergentes soutenues par la doctrine ou adoptées par la jurisprudence qui, toutes, présentaient des avantages et des faiblesses.

Dans le champ qui leur demeurerait librement et largement ouvert entre les textes spéciaux à la matière du fonds de commerce, dont nous venons de constater la rareté et la portée essentiellement relative, et les dispositions législatives générales, qui avaient ignoré la notion du fonds de commerce, les interprètes n'ont pu parvenir à se mettre d'accord.

Les lois spéciales leur fournissaient des solutions positives sur lesquelles ils pouvaient s'appuyer ; ils étaient tenus de les respecter dans les limites du domaine envisagé par le législateur, mais devaient éviter avec prudence d'étendre leur application en dehors des cas particuliers qu'elles prévoyaient formellement.

Les dispositions générales, contenant l'expression des principes qui dominent le droit français, constituaient leur meilleur guide ; mais, comme elles avaient été élaborées à une époque où la notion du fonds de commerce moderne était encore inconnue, il était permis aux interprètes de limiter parfois les conséquences pratiques de leur application, fâcheuses pour la construction juridique à laquelle ils s'attachaient, dont les auteurs de nos lois n'avaient pas même prévu l'objet (2).

(1) Comp. Gombeaux, A. D. C. 1913, p. 135.

(2) Comp. Génv, I, n^{os} 96 à 98, p. 255 à 268 et en particulier p. 267 et 268 — ; Saleilles, A. D. C. 1897, n^{os} 69 et 70, p. 47 à 49.

Peut-être auraient-ils pu user de la liberté que leur laissait cette abstention presque complète du législateur pour s'appliquer davantage à la recherche d'une théorie qui s'appuyât sur les principes tirés des textes sans entraîner des inconvénient économiques trop graves ; pourtant, les opinions communément adoptées, que nous aurons l'occasion de discuter au cours de cette étude (1), ne sont point sans en présenter. Il semble, en un mot, qu'il eût fallu s'efforcer de mieux faire coïncider la notion juridique et la notion économique du fonds de commerce, d'adapter plus exactement l'une à l'autre. C'est à la réalisation de ce but que nous essayons d'apporter une faible contribution.

Notre sujet est trop complexe, les notions qu'il met en jeu, trop flottantes encore pour qu'il soit permis de prétendre trouver des formules susceptibles de résoudre définitivement les difficultés qu'il présente. Du moins espérons-nous montrer qu'il existe à ces difficultés des solutions économiquement nécessaires, auxquelles l'état actuel de la législation ne nous paraît pas opposer d'obstacle insurmontable.

Dans ce but, nous analyserons d'abord le plus exactement possible la notion du fonds de commerce, examinant successivement quels sont les éléments sur lesquels doit porter, pour s'exercer normalement, le droit de l'usufruitier et quels rapports les unissent entre eux ; les conclusions arrêtées dans cette première partie détermineront le sens de la plupart des solutions à intervenir dans la suite ; nous verrons alors dans quelles conditions l'ensemble de ces biens peut se trouver soumis à l'usufruit, comment il se comporte, se renouvelle et se maintient au cours de la

(1) Il n'entre pas dans notre plan d'exposer à part et en détail l'état de la doctrine et de la jurisprudence : nous proposons une théorie de l'usufruit d'un fonds de commerce et, seules jusqu'ici, des questions isolées se rapportant à ce sujet ont été examinées ; il paraît dès lors préférable de rappeler, en regard des nôtres, les solutions déjà proposées, en formulant, s'il y a lieu, les raisons qui nous décident à nous en écarter.

jouissance, quels éléments, enfin, doivent s'y trouver compris lorsqu'elle s'achève.

Tel sera l'objet de cette étude, que nous diviserons de la manière suivante :

1^{re} partie : Objet de l'Usufruit : Le Fonds de Commerce.

2^e partie : Ouverture de l'Usufruit.

3^e partie : Exercice du Droit d'Usufruit

4^e partie : Fin de l'Usufruit.

PREMIÈRE PARTIE

Objet de l'Usufruit : le Fonds de Commerce

Si l'on envisage à un moment déterminé une entreprise commerciale ou industrielle en pleine activité, on ne peut manquer d'être frappé par la multiplicité et le caractère disparate des biens qui concourent à son fonctionnement.

La Chambre de Commerce de Paris, dans une délibération du 2 mars 1904 (1), en donne une énumération qui ne prétend point à être complète et comprend cependant vingt éléments, incorporels ou corporels.

Parmi les premiers, figurent des objets dont la nature demande à être déterminée, comme la clientèle et l'achalandage, des droits exclusifs à l'usage de l'enseigne, du nom, de la raison sociale et des marques, des monopoles temporaires d'exploitation de brevets, de dessins, de modèles et de procédés de fabrication, des obligations actives et passives résultant de contrats synallagmatiques, comme le droit au bail, les marchés à recevoir ou à livrer, les traités divers, et aussi, d'une façon générale, les créances et les dettes.

Les éléments corporels sont représentés par le mobilier, le matériel, les marchandises, les livres et la correspondance.

(1) Coirre, Rapport converti en délibération, B. C. C. de Paris, 1904, p. 215.

On peut compléter l'énumération en y ajoutant d'autres objets mobiliers, comme le droit d'user des médailles et récompenses décernées au fonds de commerce, et des éléments immobiliers qui concourent également à l'exploitation, comme l'immeuble commercial et le matériel immobilisé par destination.

Ainsi, toutes les principales catégories de biens reconnues par le droit se trouvent représentées dans cet ensemble : on y rencontre des meubles et des immeubles, des choses isolées et des universalités, des biens incorporels et des biens corporels ; et, parmi ces derniers, des choses fongibles et non fongibles, des choses se consommant et non par le premier usage.

Quoiqu'aucune limitation n'ait été apportée par la loi au nombre des éléments susceptibles de faire partie du fonds de commerce en dehors de l'hypothèse spéciale du nantissement (1), la doctrine et la jurisprudence s'accordent généralement à en écarter quelques-uns sans, d'ailleurs, s'entendre quand il s'agit de déterminer ceux qu'il convient d'exclure ; et, dans la suite de la même délibération, la Chambre de Commerce de Paris elle-même fait subir de larges retranchements à l'énumération dont nous avons rapporté les termes (2). C'est que presque tout le monde s'est placé au point de vue particulier du gage ou s'est laissé influencer par lui.

Mais, envisageant la question d'une manière générale, on peut se demander si le principe qui donne à cet assemblage la cohésion d'un bien individualisé et explique, en même temps, l'extrême diversité de sa composition suivant les circonstances, ne doit pas fournir le signe qui caractériserait les éléments du fonds de commerce. L'existence de ce signe, si l'on parvient à l'établir, empêcherait d'incorporer au fonds de commerce les biens qu'il n'aurait pas frappés ; elle interdirait, d'autre part, d'écarter de sa

(1) Loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 1^{er}.

(2) Coirre, Rapport converti en délibération, B. C. C. de Paris, 1904, p. 217 à 219.

composition ceux qui en apparaîtraient revêtus, à moins qu'un texte formel, un principe absolu ou la libre expression d'une volonté individuelle ne le commandent.

Après avoir d'abord recherché le facteur qui détermine et unit ainsi les éléments pour en former le fonds de commerce, puis, dans un second chapitre, appliqué successivement à chacun d'eux le critérium que nous aurons proposé, tout en étudiant leur rôle respectif et les difficultés que peut soulever leur incorporation, nous examinerons, dans un troisième chapitre qui sera surtout une conclusion tirée des idées et des faits précédemment exposés, la structure et la nature juridique du fonds de commerce.

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DE FONDS DE COMMERCE

On ne peut relever qu'un seul trait commun entre les éléments, de nature juridique si variée, qui sont groupés en vue du commerce : leur affectation à la réalisation du bénéfice (1). C'est dans le but de le créer que le commerçant réunit les biens nécessaires à l'exploitation et les engage dans l'entreprise ; mais cette observation ne suffit à expliquer ni leur cohésion, ni l'assimilation de l'ensemble constitué par eux à un bien individualisé et l'analyse plus complète de leur caractère commun semble seule susceptible de dissiper l'obscurité qui enveloppe la notion de fonds de commerce.

Les biens affectés à la réalisation du profit resteraient juxtaposés sans qu'aucun lien économique ni juridique s'établisse entre eux, s'ils n'étaient mis en valeur, nous allions dire vivifiés, par l'établissement de relations avec le public qui achète au négociant ses produits. Les relations commerciales constituent ainsi la condition essentielle de la création du bénéfice qui, par sa définition même d'excédent du prix de vente sur le coût de production, suppose nécessairement des acheteurs.

C'est pourquoi l'on se trouve amené, dès que l'on aborde l'étude du fonds de commerce, à examiner l'ensemble des personnes qui entretiennent des relations d'affaires avec l'exploitant ou, plutôt, ces rapports eux-mêmes qui, seuls, présentent l'importance que nous avons laissé prévoir : il faut donc étudier dès maintenant les notions d'achalandage et de clientèle, puis montrer leur rôle au point de vue de la détermination des éléments du fonds de commerce.

(1) Cf. Simon, p. 12 et 32.

SECTION I

ACHALANDAGE ET CLIENTÈLE

A plusieurs reprises, la loi du 17 mars 1909 énumère successivement dans la même disposition « la clientèle et l'achalandage » (1), paraissant ainsi les distinguer ; mais elle ne donne aucune indication permettant de découvrir la différence qui, dans la pensée du législateur, les sépare.

La distinction était déjà faite antérieurement par quelques auteurs (2) qui, d'ailleurs, ne s'entendaient pas sur le principe du critérium à y appliquer ; le désaccord persiste aujourd'hui.

Les opinions sur ce sujet peuvent cependant se ramener, en général, à l'une des deux idées directrices suivantes : la clientèle est fixe, tandis que l'achalandage est mobile (3) ; la clientèle est attachée à la personne du commerçant, l'achalandage, au fonds de commerce (4). Nous répudions dès maintenant la première de ces propositions, nous réservant d'en montrer l'inexactitude dans la suite de cet exposé (5).

En tout cas, il ne paraît plus possible, bien que cette opinion ait été soutenue (6), de négliger la distinction énoncée par la loi entre la clientèle et l'achalandage, étant donné surtout que les deux termes, bien qu'ils se rapportent à des notions très voisines, sont, néanmoins, pris généralement dans des acceptions différentes ; le premier s'applique aux relations qu'entretiennent avec leurs clients aussi bien

(1) Art. 1^{er}, al. 2 ; art. 9, al. 1 et al. 3.

(2) On les confondait alors le plus souvent : Bayart, n° 15, p. 14, n. 1 ; Dumouchel, p. 28 et 29 ; Gombeaux, p. 72 sq. ; Simon, p. 61 à 66.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 48, p. 55.

(4) Montier et Faucon, n° 5, p. 135 ; Levasseur, Rapport, J. O. 1918, Doc. parl., Chambre, ann. 5100, p. 1653, II, 1^{re} colonnè.

Comp. Valéry, A. D. C. 1902, n° 44, p. 273.

(5) Cf. infra p. 28 et 29.

(6) Martin, p. 8 ; Wahl, n° 225, p. 88.

les personnes exerçant une profession libérale que celles qui se livrent au commerce ; le second, plutôt employé sous la forme adjectivale, est de préférence accouplé à un vocable désignant le fonds de commerce ou l'un de ses éléments ; jamais il ne sert à évoquer les relations fondées sur une confiance toute personnelle auxquelles donne lieu l'exercice d'une profession libérale.

De cette double remarque, il résulte que, lorsque les deux termes sont employés simultanément, l'achalandage désigne l'ensemble des rapports particuliers aux professions commerciales, suscités et entretenus par la présence dans la composition du fonds de commerce d'éléments qui n'existent pas dans l'exercice des professions libérales ou y demeurent négligeables, tandis que la clientèle, qui se retrouve dans les unes et les autres, peut être définie : l'ensemble des relations basées sur une confiance personnelle établie entre le commerçant et ses pratiques.

§ I : *L'achalandage*

Il se rattache, selon les circonstances, à l'un quelconque ou à plusieurs d'entre les éléments du fonds de commerce ; le plus souvent, surtout dans le commerce de détail, c'est au local situé sur une voie passante ou à proximité d'une gare ; on l'appelle alors « pas de porte » (1) ; ce peut être également à une marque de fabrique (2), à un brevet, aux marchandises d'un genre ou d'une qualité déterminés (3) que le public est assuré de trouver, au matériel même, s'il s'agit, par exemple, d'une entreprise de transports. Mais toujours il leur est lié et l'on ne conçoit même pas qu'il puisse exister isolément. Dès lors, il est permis de se demander si l'achalandage constitue un élément individua-

(1) S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 377, M. Pouget.

(2) Discussion de la proposition de loi sur la propriété commerciale. J. O. 1920, Déb. parl., Sénat, p. 1970, 1^{re} colonne, M. de la Ville-Moisan.

(3) Levasseur, Rapport, J. O. 1918, Doc. parl., Chambre, ann. 5100, p. 1653, II, 1^{re} colonne.

Com. Saint-Quentin, 26 mars 1912, R. G.-P. 42. 1. 572 (p. 573, 2^e col.).

lisé du fonds de commerce ou s'il ne se confond pas plutôt avec les éléments qui l'attirent et l'entraînent (1).

On ne peut, en effet, le transmettre seul au cas de cession du fonds de commerce et inversement, livrer les éléments auxquels il s'attache sans qu'il les accompagne et passe avec eux aux mains de l'acquéreur (2).

Au cas de vente, par exemple, d'un fonds d'industrie comportant comme principal élément une marque de fabrique largement connue du public, n'est-il pas aussi impossible de concevoir l'existence de l'achalandage isolément et d'en faire profiter l'acheteur sans lui livrer en même temps le droit d'user de la marque, que de réaliser la cession de cette dernière à l'exclusion de son achalandage si, par hypothèse, le vendeur formait le dessein chimérique de se le réserver ?

En présence de cette union si intime qu'il est rigoureusement impossible de séparer l'élément, devenu le support indispensable des relations commerciales, de l'achalandage qui, en retour, lui donne toute sa valeur, union dont le langage courant offre une image fidèle (3), l'on est tenté de les confondre pour dire soit que l'achalandage constitue la partie essentielle, dont l'élément auquel il se rattache est réduit à n'être que le signe (4), soit, au contraire, que l'achalandage est seulement l'accessoire de l'élément qui le maintient uni, même s'il en absorbe toute l'importance (5).

Entre les deux opinions, l'hésitation ne nous semble pas permise. L'achalandage ne s'adjoint pas seulement à des

(1) Comp. Simon, p. 65 et 66.

(2) Macaire, p. 49 sq.

(3) Cf. supra p. 24.

(4) Mouchet, p. 28 ; Ruben de Couder, v° Fonds de commerce, n° 12, p. 356 ; Gombeaux, p. 100 sq. Ce dernier auteur n'attribue, il est vrai, le caractère d'accessoires de l'achalandage qu'aux éléments incorporels, ce qui nous paraît déjà inexact ; il n'attache aux éléments matériels qu'une importance et un rôle juridique secondaires (p. 72 et 104), ce qui semble également, dans bien des cas, en contradiction avec les faits.

(5) Bayart, n° 30, p. 28 ; Macaire, p. 49 sq.

éléments, comme l'enseigne et le nom commercial, qui, par eux-mêmes absolument dépourvus de valeur, pourraient à la rigueur en être considérés comme le signe représentatif (1), mais aussi à d'autres, comme les marchandises, le matériel (2) et surtout le droit au bail, qui ont une valeur intrinsèque et qu'il est bien impossible d'envisager sous cet unique aspect.

La nature différente parfois attribuée à l'action en concurrence déloyale selon qu'elle protège soit l'achalandage d'un nom, d'une enseigne ou d'une marque, soit la clientèle proprement dite (3), s'expliquerait également avec le système qui voit dans l'achalandage une simple qualité. Tenue, dans le premier cas, pour une sorte d'action réelle permettant d'exiger que le droit privatif d'exploitation soit respecté, elle est considérée, dans le second, comme une simple action personnelle accordée pour dommage injustement causé. Cette distinction, injustifiable si l'on prétend que l'action en concurrence déloyale protège dans l'une et l'autre hypothèse les mêmes relations commerciales, serait, en revanche, tout à fait logique si l'on admet qu'il s'agit de défendre tantôt l'élément achalandé, qui constitue un bien susceptible d'appropriation, tantôt la clientèle, simple attribut de la personne du commerçant, qui ne peut être assimilée à un bien patrimonial protégé par une action réelle (4).

Mais, s'il semble certain que l'achalandage n'est qu'une qualité des éléments auxquels il se rattache (5), puisque,

(1) Gombeaux, p. 86.

(2) Paris, 27 mars 1841, S. 41. 2. 529 (p. 531).

(3) Cf. Thaller, *Traité élém.*, n° 95, p. 74, n. 2.

Comp. Gombeaux (p. 79 à 88), qui considère dans tous les cas l'action en concurrence déloyale comme une sorte d'action réelle réprimant une atteinte au bien patrimonial constitué par l'achalandage ou clientèle.

Contra : Mouchet (p. 25 à 27) et Papadat (p. 26), qui repoussent toute assimilation de l'action en concurrence déloyale à une action réelle.

(4) Cf. *infra* p. 32.

(5) Valéry, A. D. C. 1902, n° 44, p. 274.

seul, il n'est pas susceptible d'avoir une existence séparée (1), tandis que la leur est reconnue indépendamment de lui, quel sens faut-il donner à la loi du 17 mars 1909 lorsqu'elle énumère l'achalandage parmi les éléments ordinaires du fonds de commerce ?

En le rapprochant de l'enseigne, du nom commercial et du droit au bail, autour desquels il gravite et se groupe le plus généralement, pour décider qu'à défaut de stipulation contraire, l'achalandage doit être avec eux frappé du privilège du vendeur ou du créancier gagiste (2), la loi a simplement voulu marquer qu'elle entendait parler de ces éléments accompagnés de leur achalandage. Comme elle avait précisément pour but de permettre au commerçant de tirer parti de cette valeur (3), dont nous espérons montrer l'importance et le rôle dans la constitution du fonds de commerce, il était tout naturel qu'elle la rapprochât de l'enseigne et du nom qui, seuls, sont dépourvus de toute utilité économique, et du droit au bail qui forme son support le plus habituel et le plus efficace. Mais la rédaction des textes eût été plus correcte si, au lieu de paraître présenter l'achalandage comme un élément distinct qu'il ne peut pas être, puisqu'il n'est pas susceptible d'exister isolément (4), ils avaient mentionné les mêmes éléments ordinaires « avec leur achalandage », marquant ainsi la dépendance dans laquelle il se trouve placé par rapport à eux en raison de la nature même des choses.

Ces idées ne sont pas en contradiction absolue avec la théorie qui voit dans l'achalandage la clientèle possible (5) ; l'aptitude du fonds à avoir des clients a toujours pour cause l'attrait que présentent pour le public ses divers éléments, et entre bien ainsi dans la notion que nous nous formons

(1) Paris, 27 mars 1841, S. 41. 2. 529.

(2) Art. 1^{er}, al. 2 et art. 9, al. 3.

(3) S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 372, M. Thaller.

(4) On pourrait ici rappeler le mot de Gaius : « *Nec enim naturalis ratio auctoritate senatus commutari potuit* » (Dig. VII. 5. 2. 1).

(5) Boutaud et Chabrol, n° 48, p. 56 ; Cendrier, n° 69, p. 26 ; Mouchet, p. 24 et 25 ; Simon, p. 63 à 65.

de l'achalandage ; mais lorsqu'il se présente comme une simple chance de nouer des relations commerciales qui n'existent pas encore, il apparaît plus spécialement constituer uniquement une qualité des éléments auxquels il se rattache, tandis que les partisans de cette théorie voient généralement en lui, même en ce cas, une partie distincte du fonds de commerce.

Seulement, s'il perd ainsi son indépendance, il nous semble, d'autre part, plus étendu et plus stable qu'on ne le pense d'ordinaire, puisqu'il comprend, en dehors de ces perspectives favorables et de ces rapports inconstants avec une « clientèle mobile », des relations régulières avec des pratiques habituelles qui sont attirées par tel ou tel élément et lui demeurent fidèles, comme d'autres le sont à la personne même du commerçant. La stabilité de l'achalandage ainsi fixé est même mieux assise, par rapport au fonds de commerce, que celle de la clientèle (1), surtout s'il s'est attaché à l'un des éléments dont la durée n'est pas limitée à une période de temps, comme la propriété d'une marque ou d'un immeuble favorablement situé ; elle a toutes chances de se maintenir alors jusqu'à ce que les conditions économiques qui ont attiré le courant d'affaires se modifient, tandis que la clientèle, fidèle au commerçant, peut ne pas l'être du tout au fonds s'il vient à changer de mains et risque de se disperser à la mort de celui qui la groupait.

§ II : *La clientèle*

Ensemble de rapports fondés sur la confiance personnelle du commerçant et de ceux qui sont entrés en relations d'affaires avec lui, elle constitue incontestablement une valeur dont on conçoit l'existence indépendamment des éléments du fonds de commerce auxquels, par définition, elle ne se rattache pas. Mais, en revanche, on peut se demander s'il est possible de voir en elle un bien suscep-

(1) Comp. Mouchet, p. 21.

Contra : Valéry. A. D. C. 1902, p. 273.

tible d'appropriation. Il ne s'agit pas, en effet, de rapports déjà établis qui se sont traduits par des contrats ayant donné naissance à des obligations (1), mais de relations s'établissant constamment ou pouvant à tout instant se nouer par des actes purement volontaires du public qui reste absolument libre de se dérober et n'est retenu que par la confiance ; ce caractère insaisissable est le trait essentiel de la clientèle.

D'une façon générale, la jurisprudence n'admet pas la validité de la cession de clientèle des professions libérales (2), considérant que ces liens personnels ne peuvent pas être assimilés à un bien patrimonial susceptible de faire l'objet d'une aliénation. Il est aisé de se rendre compte qu'il n'existe aucune raison de restreindre cette décision aux clientèles des professions libérales (3) ; les rapports des commerçants et de leurs clients, surtout dans certaines professions où « les relations » jouent un grand rôle dans la prospérité des affaires, peuvent être aussi largement influencés par des considérations personnelles (4) ; et, d'autre part, le critérium de la distinction établie entre

(1) Une certaine confusion semble cependant se produire parfois sur ce point : Hanus, n° 62, p. 71.

Sur les obligations considérées comme élément du fonds de commerce : cf. *infra* p. 95 sq.

(2) Cf. pour les médecins : Amiens, 30 novembre 1905, S. 06. 2. 298 ; pour les dentistes : Nancy, 23 février 1909, S. 09. 2. 252 ; pour les vétérinaires : Aix, 15 novembre 1905, S. 06. 2. 299 ; pour les architectes : Nancy, 19 février 1895, D. 95. 2. 433.

Baudry-Lacantinerie et Saignat, Vente et échange, n° 103, p. 83 ; Laurent, XXIV, n° 96, p. 102.

L'idée contraire est admise cependant dans l'exposé des motifs de la proposition de loi sur la Propriété Commerciale de M. Failliot, (J. O. 1915, Doc. Parl., Chambre, Ann. 881, p. 464, 3^e colonne) ; et aussi par un arrêt de la Cour de Paris du 10 mars 1910 (S. 10 2. 198).

Comp. Aubry et Rau, IV, n° 344, p. 538.

(3) Planiol, II, n° 1370, n. 1, p. 455.

Comp. Dumouchel, p. 33.

(4) La Cour de Paris a ainsi pu reconnaître que la clientèle d'un antiquaire était exclusivement attachée à sa personne, à tel point qu'elle était en fait impossible à transmettre avec le fonds de com-

les professions libérales et commerciales (1) est, dans bien des cas, si difficile à saisir, peut-être même à justifier, qu'il semble impossible de fonder sur une semblable distinction un raisonnement qui permette de reconnaître à leurs clientèles respectives une nature différente. Pourrait-on prétendre avec vraisemblance que l'ensemble des relations d'affaires qu'a su se créer un entrepreneur de travaux, dont la compétence a groupé une importante clientèle attachée à sa personne à raison des qualités professionnelles dont il a fait preuve, constitue un bien patrimonial cessible, tandis que les rapports d'un architecte et de ses clients, ayant la même origine, sont intransmissibles comme inhérents à sa personne, uniquement parce que le premier exerce une profession commerciale, le second, une profession considérée comme libérale ?

Si l'on accepte la décision de la jurisprudence, il devient inévitable de l'étendre à toutes les clientèles.

Il semble bien que cette dernière solution doit être adoptée et qu'il ne faut point, bien que ce soit l'opinion presque unanime, regarder la clientèle d'un fonds de commerce comme susceptible de propriété (2). Contrairement à l'achalandage, qui fait corps avec les éléments corporels ou incorporels dont la transmission à un successeur, toujours possible, entraîne dans une certaine mesure livraison de l'achalandage, la clientèle, ensemble de rapports basés sur la confiance que le commerçant inspire et sur la

merce : Paris, 20 juin 1913, sous Cass. Req., 5 janvier 1915, S. 18 et 19, 1. 74 (p. 75, 3^e colonne et 76, 1^{re} colonne).

(1) Dumouchel, p. 11.

(2) Dans le sens indiqué au texte : Bayart, n° 16, p. 16 ; Dumouchel, p. 52 ; Martin, p. 12 et 13 ; Planiol, II, n° 1370, p. 455, n. 1.

La même idée semble adoptée à son insu par un auteur qui, après avoir reconnu la clientèle comme constituant un élément cessible du fonds de commerce, précise qu'il entend par « clientèle personnelle » celle qui s'attache à l'enseigne, au nom et aux monopoles d'exploitation : il s'agit donc, en réalité, de l'achalandage fixé à ces éléments et point du tout de la clientèle attachée à la personne du commerçant : Hanus, n° 6, p. 12, n° 70, p. 82 et 83 et n° 73, p. 88 et 89.

libre volonté des personnes qui traitent avec lui (1), ne peut ni directement ni indirectement faire objet d'un acte de disposition ; le commerçant qui en bénéficie et veut en faire profiter son successeur, n'a d'autre ressource que d'user de son influence personnelle auprès de ses clients pour les amener à lui conserver leur confiance.

La cession de la clientèle se ramène ainsi finalement à une simple obligation de faire (2) ; mais cette obligation représente une valeur particulièrement importante pour l'acquéreur du fonds, dont la prospérité peut dépendre pour une grosse part de la continuation des rapports commerciaux que les clients entretenaient avec le cédant. Aussi, en comprenant la clientèle parmi les éléments ordinaires du fonds de commerce, le législateur de 1909 n'a-t-il pas eu d'autre pensée que de permettre à l'acquéreur d'exiger du commerçant entre les mains de qui se trouvait le fonds au moment de la vente, non seulement qu'il cesse tous rapports avec ses clients, mais qu'il mette en outre à sa disposition les moyens habituellement employés pour les amener à entrer en relations d'affaires avec son successeur (3).

Il faut entendre ici par acquéreur le cessionnaire, l'adjudicataire sur réalisation forcée poursuivie conformément aux articles 15 et suivants de la loi de 1909 et aussi le

(1) Comp. Paris, 20 juin 1913, sous Cass. Req., 5 janvier 1915. S. 18 et 19. 1. 74.

(2) Dumouchel, p. 63 ; Macaire, p. 54.

Cf. Saint-Quentin, 26 mars 1912, R. G. P. 12. 4. 572 (p. 573, 2^e colonne).

Comp. Gombeaux, p. 228.

(3) Comp. à l'interprétation de la loi de 1909 que nous proposons ici l'explication suivante que l'on a donnée de l'article 1847 du Code Civil : l'assimilation de l'apport d'industrie à l'apport d'un bien, que cette disposition semble établir, est trompeuse ; en réalité, l'associé qui s'est soumis seulement à apporter son industrie a uniquement contracté une obligation de faire (Palmade, n° 141, p. 144 et 145.)

Il en est de même, croyons-nous, du commerçant qui cède son fonds, y compris la clientèle, en ce qui concerne cette dernière.

vendeur qui reprend le fonds par l'exercice de l'action résolutoire de l'article 1654 du Code Civil (1).

D'une façon plus générale, toutes les fois que la propriété ou la jouissance d'un fonds de commerce est l'objet d'une mutation et qu'aucune stipulation contraire n'est intervenue, le nouvel exploitant peut exiger que son prédécesseur lui assure par les moyens appropriés le bénéfice des rapports commerciaux qu'il entretenait personnellement avec les clients, cette créance lui étant de plein droit acquise avec le fonds.

Les décisions qui imposent au vendeur, en l'absence de toute clause la mettant formellement à sa charge, cette obligation positive (2) procèdent de cette idée, qui justifie également, ainsi que nous l'avons déjà signalé (3), le caractère purement personnel attribué à l'action en concurrence déloyale lorsqu'elle sanctionne l'obligation négative de ne pas se rétablir ; on ne comprendrait pas, au contraire, que les mêmes auteurs qui reconnaissent l'action en concurrence déloyale pour une action réelle quand elle protège l'achalandage incorporé à un élément comme la marque ou le brevet, la tiennent pour une action personnelle quand elle protège la clientèle, si cette dernière était, elle aussi, un bien patrimonial susceptible d'appropriation.

En définitive, l'achalandage et la clientèle consistent, l'un et l'autre, dans l'ensemble des rapports de l'exploitant et de ceux qui sont en relations d'affaires avec lui ; toute la différence qui permet de les distinguer provient seulement de leur origine, l'achalandage consistant dans les relations avec les personnes qui ont été attirées par les

(1) La restitution des éléments doit avoir lieu de la même manière qu'avait eu lieu la livraison.

Comp. Macaire, p. 54 et 110.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 136, p. 146 ; Valéry, A. D. C. 1902, n° 43, p. 272.

Douai, 9 juillet 1904, Droit, 6 août 1904 — ; Rouen, 4 janvier 1902, R. de Caen et Rouen, 02. 14 — ; Dijon, 23 décembre 1895, A. D. C. 1896, n° 257, p. 188.

(3) Cf. supra p. 26.

qualités qu'elles ont trouvées ou cru trouver dans les divers éléments du fonds de commerce, la clientèle, dans les relations avec celles qu'ont amenées les qualités personnelles du commerçant.

Il s'ensuit que le premier constitue un bien, transmissible seulement indirectement comme accessoire des éléments auxquels il s'attache et qu'il accompagne nécessairement, et que la seconde forme plutôt un attribut de la personnalité, incessible (1), mais dont on peut s'engager à faciliter à un autre l'acquisition, tout en renonçant soi-même à en profiter.

Il faut remarquer, du reste, que la clientèle se transforme souvent en un achalandage qui s'attache en particulier au local, le commerçant attirant par son savoir-faire des clients qui prennent l'habitude de fréquenter le fonds et ne le quitteraient plus pour suivre leur fournisseur s'il allait s'établir dans un autre immeuble. La proposition de loi sur la Propriété Commerciale est basée sur l'observation de ce phénomène (2), beaucoup plus fréquent que la transformation inverse de l'achalandage en clientèle.

Les deux notions sont donc très voisines et les deux choses, en pratique bien difficiles à distinguer sauf au cas où le commerçant cède son fonds en se réservant seulement la clientèle, c'est-à-dire le droit de se rétablir et s'installe

(1) Comp. Gombeaux, p. 76 sq.

(2) Cf. l'exposé des motifs de toutes les propositions successives : Berry, J. O. 1912, Doc. Parl., Chambre, ann. 2222, p. 21 ; Lauche, J. O. 1914, Doc. Parl., Chambre, ann. 55, p. 1846 ; Bureau, J. O. 1914, Doc. Parl., Chambre, ann. 3880, p. 1823 ; Deloncle, J. O. 1913, Doc. Parl., Chambre, ann. 2656, p. 819 ; Failliot, J. O. 1915, Doc. Parl., Chambre, ann. 884, p. 464 ; Levasseur, Rapport, J. O. 1918, Doc. Parl., Chambre, ann. 5100, p. 1652.

L'observation n'est d'ailleurs pas plus nouvelle que le phénomène lui-même ; elle a suggéré déjà à La Fontaine le sujet de la fable « les Devineresses » (Livre V, fable XV).

« L'autre femelle avait achalandé ce lieu. »

« la vogue était passée »

« au galetas ; il avait le crédit. »

effectivement à proximité ; on peut voir alors quelles relations d'affaires, se poursuivant avec l'ancien établissement, formaient son achalandage et, au contraire, quels rapports, se maintenant fidèles au cédant, constituaient sa clientèle. Mais cette hypothèse est presque purement théorique (1). Aussi est-il permis de se demander si le législateur de 1909 a perçu les différences qui séparent les deux notions et s'il n'a pas confondu leurs caractères respectifs en les présentant, l'une et l'autre, comme des éléments du fonds de commerce distincts et indépendants.

SECTION II

FORMATION DE LA NOTION ET DÉTERMINATION DES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Le seul moyen pour le commerçant de réaliser, puis d'accroître et de stabiliser le bénéfice est de nouer, d'étendre et de régulariser les relations commerciales, quelle que soit leur origine et sans qu'il y ait lieu de distinguer, à ce point de vue, l'achalandage et la clientèle, qui jouent le même rôle dans l'économie du fonds de commerce.

Ainsi apparaît un second trait commun à tous les biens concourant à l'exploitation : ils ont pour destination d'attirer ou de maintenir les relations commerciales.

Si cette affectation exerce, non seulement sur chacun d'eux pris individuellement, mais sur l'ensemble qu'ils constituent, une influence appréciable, si surtout cette influence se répercute de l'un à l'autre, de telle sorte que leur valeur individuelle se trouve accrue du fait seul du contact établi par leur destination commune, le doute ne sera plus permis : le trait que nous venons de relever fournira le critérium permettant de reconnaître les éléments du fonds de commerce, pourvu, toutefois, qu'il existe des

(1) Comp., cependant, Cass. Req., 5 janvier 1915, S. 18 et 19. 1. 74.

raisons sérieuses de l'étendre du domaine économique au domaine juridique.

§ I : *Importance économique des rapports commerciaux*

Les relations commerciales confèrent à chacun des biens consacrés à l'exercice du commerce une plus-value d'autant plus considérable qu'ils concourent plus efficacement à les attirer et à les fixer et qu'ils seraient plus difficiles à remplacer dans la composition de l'ensemble. Sans la faveur acquise ou simplement escomptée du public, il est des éléments, comme le nom, l'enseigne ou la marque, qui demeureraient toujours dépourvus de toute espèce de valeur ; d'autres, comme le matériel, le droit au bail, les marchandises, conserveraient la valeur que leur donne la possibilité de recevoir une utilisation différente, mais perdraient, néanmoins, celle qui procède de leur contribution à la réalisation du profit (1). A tous, les relations avec les clients incorporent une valeur nouvelle qui vient augmenter leur valeur propre. La proposition de loi sur la Propriété Commerciale, actuellement en discussion, est fondée sur l'observation de la plus-value que procure ainsi au local le contact des autres éléments (2) ; inversement, le droit reconnu au bailleur de l'immeuble commercial d'obliger le locataire à continuer l'exercice du commerce jusqu'à l'expiration du bail (3) a pour base l'observation de la dépréciation qui résulte pour le local de leur retrait.

Dans leur ensemble, les biens affectés au commerce bénéficient également d'une plus-value particulière ; la somme des valeurs de chacun d'eux, même si, considérés individuellement, ils sont supposés entraîner tous à leur suite leur achalandage, n'est point égale à la valeur du fonds

(1) S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 272, M. Percerou

(2) Cf. exposés des motifs des diverses propositions de loi énumérées supra p. 33.

(3) Cass. Civ. 11 décembre 1918, R. G. P. 18 et 19. 560 — ; Bordeaux, 23 juin 1910, J. A. de Bordeaux, 1910-1-349.

de commerce tout entier (1), car les réactions que provoquent entre eux leur commune affectation permettent l'utilisation totale, au point de vue économique, de biens qui, demeurés isolés, ne seraient pas devenus au même point la cause de rapports commerciaux fructueux.

L'existence ou le simple espoir de ces relations constituent l'agent par lequel se répercute d'un élément à l'autre l'influence favorable de l'affectation commerciale. Il est aisé de le montrer par un exemple : si un commerçant forme le projet d'établir dans un quartier, demeuré auparavant en dehors du mouvement des affaires, une maison pour la vente des produits d'une marque déjà appréciée, avant même que les relations commerciales aient commencé à se nouer, dès qu'apparaît la perspective de rapports d'affaires générateurs de bénéfices, une valeur nouvelle vient s'ajouter à la valeur propre des éléments groupés en vue de la future exploitation ; dès ce moment, ils subissent dans leur ensemble une plus-value. Puis, lorsque le fonds s'ouvre, la clientèle, attachée à la personne du commerçant s'il jouissait de relations personnelles étendues, et l'achalandage, entraîné par la marque, ne tardent pas à conférer au droit d'occuper l'immeuble une valeur nouvelle, en lui faisant acquérir par leur contact un achalandage, qui lui demeure fidèle même si les articles que les clients venaient primitivement chercher dans les magasins ne s'y trouvent plus.

Jusque là, la réaction apparaît favorable au droit d'occuper l'immeuble qui bénéficie du succès de la marque et des relations personnelles du commerçant (2). Mais, par un mouvement inverse, l'achalandage attaché au local

(1) Hanus, n° 7, p. 12 ; Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 223 ; Peyrière, p. 10.

(2) La plus-value peut s'étendre même en dehors du fonds de commerce si le commerçant parvient à achalandier non seulement l'immeuble, mais le quartier.

Cf. Discussion de la proposition de loi sur la Propriété Commerciale : J. O. 1919, Déb. Parl., Chambre, p. 853, 2^e colonne. M. Frédéric Brunet.

profite aux nouveaux produits que le commerçant met en vente pour remplacer ceux qu'il offrait au début. Le succès et, par suite, la valeur des marques qu'il lance se trouvent ainsi augmentés par la vogue des éléments qui ont amené le public à les connaître, et, si elles réussissent, ces réactions peuvent continuer alternativement en faveur des divers éléments du fonds de commerce, dont la prospérité s'en accroît sans cesse.

Le phénomène inverse peut également être observé : la dépréciation provoquée par le retrait de tout élément susceptible d'attirer ou de fixer les rapports commerciaux n'est pas simplement limitée à la valeur même de l'élément retiré ; elle la dépasse toujours, le plus souvent dans une mesure considérable, et s'étend, en outre, à cet élément lui-même dès qu'il cesse de participer à la valeur du tout.

§ II : *Importance juridique des rapports commerciaux*

La notion même de fonds de commerce semble basée sur l'observation de ces faits (1). Seuls, le groupement et l'affectation de certains biens à un but économique, comme l'exercice du commerce, seraient insuffisants à expliquer que l'on en fasse un objet individualisé ; si l'on fait abstraction des relations d'affaires, l'entreprise commerciale ne possède plus aucun trait qui la différencie de certains ensembles de biens, tels que l'exploitation agricole à laquelle on ne songe cependant pas à reconnaître une individualité distincte ; si, au contraire, l'on considère l'une et l'autre du point de vue où nous nous sommes placé, la différence de traitement se justifie aussitôt : aucune plus-value sen-

(1) Les Romains, qui ont été empêchés de dégager nettement la notion de fonds de commerce tant par la complexité même de cette notion que par les conditions économiques défavorables résultant de l'organisation étroite des collèges professionnels et du mépris dont le commerce était l'objet, ont cependant aperçu la solidarité de fait qui unit entre eux les biens affectés au commerce : le legs ou l'hypothèque du fonds s'étendaient en droit romain au magasin, aux marchandises et au matériel d'exploitation (Scaev. Dig. XX. 1. 34. pr.).

sible ne résulte d'ordinaire du groupement des objets consacrés à l'exploitation agricole ; l'on a même généralement avantage à les séparer pour les vendre. Ce sont des choses isolées qu'une destination commune a rapprochées, mais sans créer entre elles aucune cohésion autre que celle qui, consacrée par l'article 524 du Code Civil, les unit toutes au fonds de terre sur lequel elles ont été placées et est exclusivement à l'avantage de ce dernier. Il absorbe seul l'intérêt et, quand il n'y a pas lieu d'appliquer la théorie de l'immobilisation par destination, l'indépendance des biens que réunit l'exploitation agricole est absolue.

Au contraire, plusieurs dispositions de la loi du 17 mars 1909 paraissent directement fondées sur la réaction de valeur qu'exercent les uns sur les autres les éléments du fonds de commerce et dont l'importance n'avait pas échappé à certains auteurs longtemps avant le vote de cette loi (1).

L'article 2, alinéa 3, oblige, au cas de résolution de la vente, le vendeur du fonds de commerce à reprendre tous les éléments qui y ont été compris, même ceux pour lesquels le privilège et l'action résolutoire sont éteints : c'est qu'à en détacher ces derniers, on léserait à la fois les intérêts du vendeur, parce que le fonds en subirait une dépréciation supérieure à leur valeur même et pourrait peut-être devenir impossible à exploiter, et ceux de l'acheteur, parce que, restés seuls entre ses mains, ils perdraient toute la valeur que leur confère le contact des autres éléments du fonds par les chances qu'ils leur attachent de devenir les agents de relations lucratives. Logiquement, d'ailleurs, ce texte n'aurait pas dû restreindre aux éléments compris dans la vente l'obligation de reprise du vendeur, les mêmes raisons de décider existant pour ceux qui ont pu être acquis par l'acheteur entre la vente et la résolution (2).

Dans une certaine mesure, l'article 13, rendant exigible, au cas de déplacement du fonds, les créances inscrites

(1) Gaudemet, A. D. C. 1900, p. 319.

(2) Comp. Boutaud et Chabrol, n° 203, p. 219, n. 2, et Supplément, n° 42, p. 16 ; Macaire, p. 76 sq.

sans distinguer si l'inscription frappait ou non le droit d'occuper le local abandonné, se justifie également par la dépréciation que provoque le brusque retrait d'un élément particulièrement important pour l'entretien des relations commerciales : la localisation de l'exploitation.

Au cas de saisie-exécution d'un élément isolé, l'article 15 permet à la fois au créancier poursuivant et au débiteur saisi de demander la conversion de la saisie en vente globale du fonds de commerce ; cette réforme prend le contre-pied du projet de la Société d'Etudes Législatives, qui proposait d'interdire même aux créanciers chirographaires de saisir le matériel d'exploitation indépendamment du fonds, mais réservait leur droit sur les marchandises (1). Cependant, elle procède visiblement de la même idée que tout démembrement fait perdre et à l'ensemble lui-même, et aux biens qui en sont détachés la plus-value qui résultait du développement des relations commerciales, qui se trouvaient favorisées du fait de leur groupement (2).

L'article 20 s'explique de la même manière (3), quand il donne aux créanciers inscrits le droit analogue de demander la conversion en vente globale du fonds de commerce tout entier de la vente séparée d'un ou de plusieurs éléments, poursuivie soit sur saisie-exécution comme vente d'objets isolés, soit même comme vente de fonds de commerce en vertu de la loi de 1909. L'idée de solidarité de tous les biens affectés à l'exercice du commerce se trouve ici particulièrement mise en relief par le double fait que le législateur n'exige pas, pour permettre au créancier inscrit de demander la réalisation globale, que les éléments dont la vente séparée était poursuivie soient compris dans son inscription et qu'il ne limite pas non plus cette réalisation globale aux éléments grevés de cette même inscrip-

(1) Art. 19 du projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce, B. S. E. L. 1903, p. 263.

(2) Pereerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 251-252.

(3) Cordelet, Rapport, J. O. 1907, Doc. Parl., Sénat, ann. 14, p. 12 (1^{re} colonne).

tion : ainsi, sa décision ne peut s'expliquer par une diminution directe de la garantie du créancier par le détournement de l'un des objets constituant son gage spécial, mais seulement par l'idée que toute atteinte portée à l'une quelconque des parties comprises dans le groupement réagit sur l'ensemble et provoque une dépréciation et du tout, et des éléments qui le composent.

Le droit accordé au commerçant et à ses créanciers d'exiger que le fonds ne soit pas démembré est donc fondé sur la solidarité que créée entre les divers éléments leur affectation commune (1).

D'autre part, la loi ne désigne ni ne définit les éléments dont la distraction donne ouverture à ce droit et ne précise pas davantage ceux dont la réunion peut être demandée en vue d'une réalisation globale. Il suffit qu'il y ait séparation « d'un » élément ; et le fonds reconstitué peut les comprendre « tous ». Si l'on se reporte au motif qui a amené le législateur à adopter ces dispositions, il est possible de suppléer à ce silence ; l'on doit alors décider que le droit de demander la réunion au fonds de commerce, comme élément de ce fonds, doit être étendu à tout bien susceptible de recouvrer par le fait même une plus-value que sa séparation lui faisait perdre ; et, d'autre part, que la réunion au fonds de commerce dont la reconstitution est demandée doit porter sur tous les biens dont la séparation entraîne une dépréciation de l'ensemble.

De l'analyse de la loi, se dégage donc la même idée à laquelle conduisait tout à l'heure l'observation du phéno-

(1) Le fondement de ce droit est explicitement mentionné par l'article 43 nouveau, alinéa 7, de la proposition de loi concernant la vente et le nantissement des fonds de commerce : au cas de vente à tempérament de matériel à un commerçant et à défaut de paiement à l'échéance, le tribunal peut, « à raison de la dépréciation qui résulterait pour les autres éléments du fonds » de la réalisation séparée de ce matériel sur la poursuite du fournisseur, décider qu'il sera vendu avec le fonds.

J. O. 1921, Doc. parl., Chambre, ann. 2832, Fleury-Ravarin, Rapport, p. 416.

mène économique qui se produit à l'intérieur du fonds de commerce ; et il semble que l'on peut donner la définition suivante : *constituent des éléments du fonds de commerce tous les biens susceptibles de faire l'objet d'un acte de disposition qui sont affectés à une entreprise ayant pour but de réaliser des bénéfices par l'établissement de relations commerciales avec le public et entre lesquels cette commune destination provoque une réaction de valeur.*

Sans doute, les dispositions sur lesquelles nous nous appuyons pour adopter ce critérium, ne permettent pas d'en faire une application complète : la réalisation globale des articles 15 et suivants est une vente mobilière et ne peut comprendre les éléments immobiliers que l'application de ces principes nous amènera à incorporer au fonds de commerce. Aussi ne peut-on prétendre trouver dans la loi de 1909 le fondement de ce critérium basé sur un fait économique, mais seulement une application qui fournit la preuve de son exactitude juridique, bien qu'elle soit nécessairement incomplète, le législateur ayant volontairement limité la notion de fonds de commerce dans les hypothèses particulières de la vente et du nantissement que, seules, il se proposait de réglementer.

Déjà, d'ailleurs, il est obligé de préciser que l'exclusion de l'immeuble du fonds de commerce en matière de gage ne s'étend pas au matériel immobilisé par destination (1) : il introduit cette réforme pressé par la nécessité pratique de résoudre le conflit qui s'élève sur le matériel immobilisé entre le créancier nanti et les tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble ; mais elle n'en aura pas moins pour conséquence générale de confirmer l'incorporation au fonds de commerce d'un immeuble, à l'égard duquel il y a lieu d'examiner, pour l'application des dispositions des articles 2, alinéa 3, 15, alinéa 1^{er}, et 20, alinéa 1^{er}, si la réaction de valeur caractéristique se produit.

(1) Cf. infra p. 63 et 64.

Proposition de loi concernant la vente et le nantissement des fonds de commerce, art. 11, al. 3 et art. 41, al. 1^{er}. (J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832, Fleury-Ravarin, Rapport, p. 98 et 114.)

CHAPITRE DEUXIÈME

LES ÉLÉMENTS DU FONDS DE COMMERCE

Parmi les biens qui, successivement, vont être passés en revue, il en est dont l'incorporation au fonds de commerce ne fait aucun doute ; comme il paraissait inutile d'insister sur les raisons d'une solution unanimement acceptée, nous nous sommes borné à l'enregistrer, réservant nos développements pour l'examen des difficultés que soulève la présence de ces biens dans la composition du fonds de commerce.

D'autres, en revanche, en sont très généralement exclus ; pour ces derniers, les arguments qui entraînaient, à nos yeux, l'incorporation au fonds de commerce, contrairement aux idées admises par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence, ont été exposés en détail ; et c'est seulement une fois résolue cette difficulté préliminaire, qu'a été abordée l'étude des questions que pose l'affectation commerciale de ces biens.

Suivant la division traditionnellement adoptée, ce chapitre devrait comprendre deux sections consacrées, la première, aux éléments corporels, la seconde, aux éléments incorporels. Mais cette division, qui ne présenterait ici aucun avantage, ne serait pas sans inconvénients pour la clarté de notre exposé : elle obligerait à scinder l'étude du droit de disposer en vue du commerce d'un local ou emplacement, classé dans l'une ou l'autre catégorie suivant que le commerçant est propriétaire ou locataire de l'immeuble,

et à ranger arbitrairement parmi les éléments corporels le droit sur les livres qui, comme nous le verrons, n'est pas toujours un droit de propriété. Aussi ne l'avons-nous pas conservée, bien que la loi du 17 mars 1909 la consacre.

Ce chapitre comprendra donc six sections d'importance inégale, ayant pour objet les marchandises, le matériel, les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique, les livres et la correspondance, tous éléments dont l'incorporation au fonds de commerce n'est pas sérieusement contestée, le droit à l'immeuble commercial, et enfin les obligations, dont l'incorporation rencontre, au contraire, des objections que beaucoup d'auteurs jugent décisives.

SECTION I

LES MARCHANDISES

Au point de vue économique, les marchandises constituent l'aliment du commerce ; elles ne sont pas de simples moyens d'opérer des transactions avantageuses, elles en fournissent la matière même. Cette simple observation permet de déterminer quelle est en fait et quelle doit être en droit leur condition par rapport à l'ensemble des biens dont la réunion forme le fonds de commerce. Il reste à vérifier ensuite si les conclusions ainsi obtenues se trouvent confirmées par la législation positive.

§ I : *Détermination de la condition juridique de l'« élément marchandises » par sa fonction économique*

L'existence d'un stock de marchandises est le plus souvent nécessaire à l'exploitation (1), puisque, sans elles, il ne peut y avoir d'opérations commerciales et que, par suite, le bénéfice ne peut pas être réalisé ; elles apparaissent ainsi non seulement comme l'objet, mais comme la condition

(1) Boutaud et Chabrol, n° 51, p. 59.

des réactions de valeur qui caractérisent le fonds de commerce dont elles constituent un élément et même, dans certains cas, un élément prépondérant (1).

Elles ne font défaut que dans certaines branches du commerce qui ont exclusivement pour objet l'accomplissement de services rendus à la clientèle, comme les industries de l'hôtelier et du voiturier et les bureaux de courtage, ou la réalisation de transactions sur des créances, comme les affaires d'assurance ou de banque ; et encore, dans ce dernier cas, les créances forment-elles un ensemble qui, par plus d'un point, serait assimilable à un stock de marchandises.

Dès leur entrée dans le magasin, elles perdent leur individualité pour faire « partie essentielle du fonds » (2), avec lequel leur union intime est révélée par la dépréciation simultanée qu'ils subissent l'un et l'autre si l'on vient à les séparer (3).

Mais, quoique indispensables à l'exploitation et étroitement liées aux autres biens groupés en vue de l'assurer, les marchandises n'en doivent pas moins conserver une mobilité perpétuelle ; elles ne peuvent remplir leur fonction économique que par le renouvellement constant réalisé par le double jeu des ventes et des achats.

Pour donner satisfaction aux besoins pratiques, il faut assurer, dans la notion juridique du fonds de commerce, la permanence de cet élément fuyant, en fixer à chaque instant la consistance et permettre, néanmoins, aux transactions de se poursuivre normalement ; il faut, en somme, que le fonds comprenne en droit l'« élément marchandises » tel qu'il s'y trouve englobé en fait. Ce résultat peut être réalisé par interprétation de la volonté, que la nature des marchandises et leur fonction permettent de présumer de

(1) Il en est ainsi dans le commerce des nouveautés. Cf. Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 233.

(2) Lemouette, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 307.

(3) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 233 et 252, et S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 272.

façon certaine en prenant pour guide les intérêts en jeu.

Considérées comme élément du fonds de commerce, toutes les marchandises ne peuvent avoir d'autre destination que d'être vendues ; celles que le commerçant aliène en étaient déjà affectées alors qu'elles faisaient encore partie du stock ; elle affecte à leur tour celles qu'il achète dès l'instant où elles entrent dans ses magasins. Anciennes ou nouvelles ne prenant ainsi place dans le fonds qu'en vue de la vente et du prix qu'on en retirera, leur individualité est absolument indifférente ; jamais elles ne sont envisagées en tant que corps certains, mais seulement dans leur ensemble, comme constituant un stock (1) dont la valeur seule importe et que les achats n'ont d'autre but que de reconstituer sans cesse, toujours en vue de répondre aux demandes de la clientèle.

Prises en bloc, toutes les marchandises sont donc susceptibles de recevoir la même destination, quelle que soit leur origine, qu'elles aient fait partie du stock primitif ou qu'elles aient été acquises par la suite, puisque leur individualité propre n'est d'aucune considération ; et la subrogation, qui a simplement pour effet de remplacer dans la composition du fonds de commerce, sans modifier son identité, les marchandises aliénées par des marchandises nouvelles, doit être admise comme constituant le moyen de maintenir le fonds dans son intégrité, toutes les fois qu'il résulte des circonstances que telle est la volonté des parties intéressées ou du législateur.

Ainsi, la fonction économique des marchandises conduit à penser, d'une part, qu'elles entrent normalement dans la notion juridique du fonds de commerce non pas comme biens isolés, mais comme un groupe de choses dont l'ensemble forme un de ses éléments matériels, d'autre part, que cet élément, indispensable à la vie du fonds, ne peut lui-même subsister que par la substitution perpétuelle des objets acquis aux objets aliénés qui le composaient primi-

(1) Cette idée est développée par Troplong, Du Contrat de Mariage, IV, p. 196-197.

tivement, enfin, que la subrogation, nécessaire à la conservation du fonds de commerce, se produit toutes les fois que ce but est poursuivi par une volonté libre de s'exercer.

Par le fait même qu'elles tendent à réaliser un but licite, les parties doivent être considérées comme ayant entendu user du seul moyen qui leur soit offert pour l'atteindre : l'entretien du stock par le remplacement des marchandises vendues au moyen de marchandises acquises en remploi et frappées de la destination commerciale.

Cette application de la subrogation réelle ne peut soulever d'objection théorique ; elle a la rare fortune de réunir les conditions exigées par tous les auteurs, quelles que soient les divergences de leurs opinions particulières : la subrogation se produit ici au sein d'une masse de biens qui ont reçu une affectation spéciale (1) et sont essentiellement considérés dans leur valeur pécuniaire, puisqu'on ne conçoit pas pour eux d'autre destination que d'être vendus ; en leur imprimant le caractère d'éléments du fonds de commerce, elle les revêt d'une qualité indifférente à leur nature propre et vise seulement la conservation de leur valeur dans le but bien déterminé d'assurer le maintien du fonds (2) ; cette fin domine tout ; elle suscite la volonté d'affecter au commerce les marchandises subrogées et survit à la conservation individuelle des objets particuliers qui ne sont qu'un simple moyen de l'atteindre (3). Nous n'avons donc pas à prendre parti entre les théories modernes sur la subrogation ; elle apparaît seulement, dans la circonstance, comme un procédé commode, expliquant un résultat juridique nécessaire et conforme aux réalités pratiques. Ce procédé opère à coup sûr ; il n'est que l'interprétation certaine d'une volonté, qu'impliquent forcément l'intention ou l'obligation préexistante de conserver le fonds de commerce.

(1) Colin et Capitant, III, p. 438 ; Saleilles, Note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94. 2. 185.

(2) Demogue, R. C. 1901, p. 252 ; Henry, p. 181.

(3) Planiol, III, n° 922, n. 1, p. 66, et Note sous Cass. Civ., 29 avril 1901, D. 02. 1. 33.

Mais il est insuffisant (1) pour rendre compte de l'incorporation au fonds de marchandises nouvelles, acquises en dehors de toute aliénation des marchandises anciennes ; l'on ne peut alors prétendre découvrir ce qui est l'essence même de la subrogation, la substitution d'un bien à un autre dont il revêt les qualités. Les marchandises nouvelles revêtent bien la qualité d'éléments du fonds de commerce, qui appartient aux anciennes, mais à côté et non point à la place de ces dernières qui n'en sont pas dépouillées. Il faut, dès lors, ajouter à l'interprétation déjà donnée et dire que, toutes les fois qu'un fonds de commerce doit être conservé, les mêmes motifs économiques qui ont autorisé à présumer l'intention de subroger les marchandises achetées aux marchandises vendues permettent de présumer aussi l'intention de donner la même affectation commerciale à toutes celles qui sont acquises en vue de l'exploitation du fonds, même sans qu'une aliénation corrélative donne à cette acquisition le caractère d'un emploi.

Il nous semble même qu'à tout prendre l'idée de subrogation, que nous avons conservée parce qu'elle rend exactement compte de l'hypothèse la plus générale, le renouvellement du stock, pourrait être effacée et que l'on simplifierait peut-être la question de l'incorporation des marchandises en la présentant de la manière suivante : comme la conservation du fonds de commerce par une exploitation normale nécessite l'incorporation de toutes les marchandises achetées, chaque fois qu'une volonté individuelle ou une décision législative apparaissent avoir entendu conserver le fonds et qu'elles n'en ont pas clairement exclu tout ou partie du stock, elles doivent être interprétées comme impliquant nécessairement l'intention corrélative de faire entrer dans ce cadre toutes les marchandises achetées ; inversement, comme la conservation du fonds de commerce nécessite également l'aliénation des marchandises, la volonté individuelle et la loi doivent être interprétées, dans les mêmes circonstances, comme impliquant

(1) Comp. Hamus, n° 49, p. 26 ; Macaire, p. 86.

l'intention de laisser sortir toutes les marchandises vendues de l'ensemble de biens constituant la notion juridique du fonds de commerce à conserver.

Tout se ramène alors à une interprétation de la volonté ; elle apparaît comme ayant entendu maintenir l'identité de l'objet d'un droit, quels que soient les changements des éléments matériels dont il se compose, sans souci des relations corrélatives que peuvent présenter entre eux ces changements (1).

§ II : *Condition juridique de l'« élément marchandises » en droit positif*

Après avoir ainsi montré quelle doit être la condition de l'élément marchandises, il convient d'examiner si la législation en vigueur confirme les solutions théoriques auxquelles nous nous sommes arrêté. Cette étude portera sur deux points : le stock de marchandises est-il bien compris dans la notion juridique du fonds de commerce ? comment y demeure-t-il identique à lui-même ?

L'*incorporation des marchandises* au fonds de commerce est aujourd'hui certaine.

L'article 7 de la loi du 28 février 1872, en fixant un taux différent du droit d'enregistrement à percevoir en cas de vente sur le prix des marchandises et sur celui des autres éléments, avait un moment permis de croire à leur exclusion (2) ; il fournit, en réalité, un argument en sens contraire (3), puisqu'à défaut d'évaluation séparée un droit unique doit être perçu sur le prix de l'ensemble, dans lequel les marchandises se trouvent ainsi implicitement englobées.

Les controverses qui s'étaient élevées sur le point de savoir si les marchandises devaient être comprises dans le

(1) Comp. Demogue, R. C. 1901, p. 364.

(2) Nantet, p. 14.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 51, p. 60 ; Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 4, p. 340 ; Mouchet, p. 14 ; Thaller, Traité Elém. n° 85, p. 68.

gage sans dépossession réelle du débiteur, n'intéressent pas directement notre sujet (1) ; il suffit de rappeler que la loi du 1^{er} mars 1898 n'avait fait que les perpétuer et que le monde commercial n'avait cessé de protester et de s'insurger contre la solution affirmative adoptée par la jurisprudence de la majorité des cours d'appel.

Ces doléances furent répétées avec plus d'ampleur et d'autorité par l'unanimité des représentants des chambres et des tribunaux de commerce au cours de l'enquête menée par la Société d'Etudes Législatives. Elles mirent en lumière la nécessité de séparer les marchandises du fonds donné en gage, parce « que leur absorption serait en fait « l'absorption de tout l'actif » (2), et décidèrent les auteurs de la loi du 17 mars 1909 à répondre aux vœux du commerce, d'abord, en excluant les marchandises du nantissement (3), ensuite en disposant qu'au cas de cession le privilège et l'action résolutoire du vendeur ne les frapperaient que si elles avaient été expressément mentionnées dans la vente et l'inscription (4), enfin, en décidant qu'un prix distinct serait établi pour elles et que les paiements partiels les libéreraient les premières du privilège du vendeur (5).

Toutes ces solutions découlent de la double idée de l'inefficacité d'une sûreté portant sur les marchandises et de l'avantage de leur laisser toute leur mobilité.

Mais, au cours des discussions à la Société d'Etudes Législatives (6), leur importance et leur union intime avec les autres éléments du fonds n'en avaient pas moins été reconnues. Aussi, après avoir fait aux désirs exprimés par la pratique les concessions que nous venons d'indiquer,

(1) Cf. sur ce point : Boutaud et Chabrol, n^{os} 279 à 281, p. 290 à 296 et n^{os} 326 à 328 bis, p. 346 à 353 et la jurisprudence citée.

(2) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 234.

(3) Art. 9, al. 1^{er}.

(4) Art. 1^{er}, al. 2.

(5) Art. 1^{er}, al. 3, 4 et 5.

(6) Lemouette, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 307 ; Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 233 et 252.

le législateur de 1909 a-t-il maintenu l'incorporation des marchandises au fonds de commerce. La lecture de la loi ne laisse pas de doute à cet égard ; l'article 1^{er}, alinéas 3 et 4, les oppose aux éléments incorporels, mais en laissant entendre qu'elles font partie du même tout ; l'article 2, alinéa 3, oblige, au cas de résolution de la vente, le vendeur à les reprendre même si son privilège et l'action résolutoire sont éteints en ce qui les concerne ; l'article 15 autorise le créancier exerçant des poursuites de saisie-exécution et le commerçant contre qui elles sont exercées à demander que la vente, au lieu d'être partielle, comprenne le fonds tout entier « avec les marchandises qui « en dépendent » ; l'article 20, permettant aux créanciers inscrits de s'opposer à la réalisation séparée des divers éléments, s'applique aux marchandises et, par le fait même, les incorpore implicitement au fonds de commerce.

La disposition de cet article 20 contient une manifestation particulièrement frappante de la volonté du législateur d'unir les marchandises aux autres éléments et d'affirmer leur interdépendance. Elle ne fait, en effet, aucune distinction ni entre les éléments dont elle accorde le droit de réclamer la vente globale, ni entre les créanciers inscrits admis à se prévaloir de ce droit.

On peut dès lors admettre, d'une part, que ce droit porte même sur les éléments non grevés de privilèges inscrits (1) : sans doute l'alinéa 3 de l'article 20 ne donne pas formellement au créancier poursuivant le droit d'exiger la réunion au fonds de ces derniers, en vue de la réalisation globale ; mais, l'ensemble de la disposition procédant des mêmes idées qui ont entraîné l'adoption de l'article 2, alinéa 3, et de l'article 15, savoir que l'intérêt général exige d'éviter un démembrement qui puisse provoquer une dépréciation et du gage spécial, et du gage commun à tous les créanciers, il y a lieu de lui donner la même extension en ce qui concerne les éléments à comprendre dans la vente. Ainsi, les marchandises, même si elles

(1) En ce sens : Bordeaux, 25 avril 1910, D. 12. 2. 316.

ne sont pas frappées par l'inscription, seront réalisées en même temps que le fonds de commerce si le créancier l'exige.

Comme, d'autre part, l'article 20, qui a pris place dans le chapitre consacré aux dispositions communes à la vente et au nantissement (1), s'applique à tout fonds grevé d'inscriptions, quelle que soit l'origine de ces dernières et que, d'ailleurs, la cause du privilège du créancier poursuivant ne modifie point les raisons d'imposer la réalisation globale du gage, il faut admettre que le droit de demander la réunion des marchandises aux autres éléments en vue de la vente bénéficie aussi bien au créancier nanti qu'au vendeur.

Ainsi, même le créancier nanti, dont le droit non seulement ne porte pas, mais n'aurait jamais pu porter sur les marchandises exclues du nantissement par l'article 9, alinéa 1^{er}, peut exiger, lorsqu'il est procédé à la vente du fonds de commerce, que ces marchandises soient réunies aux autres éléments ; rien ne peut mieux faire ressortir le caractère exceptionnel de leur exclusion, qui prend fin dès que disparaissent les raisons pratiques qui l'ont fait prononcer, et le véritable principe, l'incorporation des marchandises au fonds de commerce, dont il reste à examiner maintenant la mise en œuvre.

La *permanence de l'« élément marchandises »* malgré les ventes et les achats est également reconnue par la loi de 1909.

L'article 2, alinéa 3, qui vient d'être mentionné, oblige le vendeur exerçant l'action résolutoire à « reprendre tous « les éléments du fonds qui ont fait partie de la vente » ; il comprend parmi eux « les marchandises existant au moment de sa reprise de possession » et déclare spécialement le vendeur tenu de leur prix envers les autres créanciers.

Cependant, il y a toute chance pour que ces marchandises ne soient plus individuellement les mêmes qui avaient

(1) Chapitre III de la loi du 17 mars 1909.

fait l'objet de la vente, surtout si un long espace de temps, pendant lequel l'acheteur a exploité le fonds de commerce, l'a séparée de la reprise de possession. Elles auront le plus souvent été achetées pour remplacer les marchandises vendues ; elles pourront aussi être des marchandises nouvelles, venues accroître le stock dans des proportions considérables, sans qu'aucune corrélation ait existé entre leur acquisition et l'aliénation des anciennes. Toutes, néanmoins, devront être reprises par le vendeur puisque la loi ne fait aucune distinction. Elle considère donc que l'identité de l'élément marchandises n'est pas modifiée quand des biens nouveaux sont venus y prendre place, que ceux qui y figuraient primitivement aient ou non disparu (1).

La disposition de l'article 2 consacre ainsi une application des idées qui ont été développées précédemment : la conservation du fonds, à laquelle sont intéressés l'acheteur, qui l'a acquis pour réaliser des bénéfices, et le vendeur, qui peut avoir à exercer l'action résolutoire, exigent que l'exploitation puisse se poursuivre, que les transactions ne soient pas interrompues. Aussi la loi décide-t-elle, par interprétation de leurs volontés concordantes (2), que toutes les marchandises qui faisaient partie du fonds au moment de la vente, seront valablement aliénées par l'acheteur et que toutes les marchandises achetées par lui entreront en droit, comme elles y entrent en fait, dans la composition du fonds de commerce pour être reprises par le vendeur au cas de résolution.

La notion de subrogation est donc dépassée (3), puisque toutes les marchandises, même celles en excédent sur le stock primitif, restent incorporées au fonds, parce que le

(1) Com. Seine, 8 août 1913, R. G. P. 14. 1. 175 (p. 176, 2^e colonne).

Adde : Cass. Civ., 26 décembre 1900, S. 04. 1. 409 — J. C. M. du Havre, 01. 2. 201 (p. 205) — ; Bordeaux 24 février 1902, J. C. M. de Bordeaux, 02. 1. 61 — ; Dijon, 17 mai 1904, J. C. et M. de Bordeaux, 01. 2. 115 — ; Les Andelys, 6 novembre 1900, J. C. M. de Bordeaux, 01. 2. 44 — ; Rouen, 18 avril 1868, J. C. M. du Havre, 68. 2. 260.

(2) Comp. Macaire, p. 87.

(3) Macaire, p. 86.

législateur a estimé que l'intérêt évident des parties devait les décider à souhaiter que le fonds de commerce ne fût pas mutilé au risque de subir une dépréciation pour le plus grand dommage de tous (1). Mais, comme l'élément marchandises a été envisagé dans sa valeur fixée dans la vente à un prix spécial déterminé (2), comme, d'autre part, des tiers, les créanciers de l'acheteur, sont intéressés à ce que le vendeur ne puisse pas prélever à leur détriment une valeur supérieure à celle qu'il a livrée, le vendeur reprend bien, comme propriétaire, par l'action résolutoire la totalité des marchandises ; mais, si leur estimation au moment de sa rentrée en possession dépasse ce qui lui reste dû sur leur prix de vente, il demeure à leur égard comptable du surplus.

La disposition de l'article 20, déjà étudiée au point de vue de la démonstration qu'elle apporte de l'incorporation des marchandises au fonds de commerce, contient une seconde application de l'idée que toutes, sans distinction, doivent entrer dans sa composition au fur et à mesure de leur acquisition par le commerçant ; en effet, la vente forcée qu'elle organise doit comprendre le stock tel qu'il se comporte au moment où il y est procédé et sans égard à sa consistance à l'époque de la vente ou du nantissement, à l'occasion desquels l'inscription a été prise. Il est même possible que le fonds n'ait pas alors compris de marchandises ou du moins que leur valeur n'ait pas été fixée, comme cela se produit toujours quand l'origine du privilège du créancier poursuivant est un nantissement, d'où elles sont nécessairement exclues ; néanmoins, elles devront être sur sa demande réunies au fonds et vendues avec lui. Ici

(1) Il n'en sera plus de même si l'article 3, alinéa 3, de la proposition de loi concernant la vente et le nantissement des fonds de commerce est adopté par la Chambre tel qu'il a été voté par le Sénat : au cas de résolution, le vendeur ne sera plus tenu de reprendre les marchandises que jusqu'à concurrence du prix de la vente. J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832. Fleury-Ravarin, Rapport, p. 91.

(2) Art. 1^{er}, al. 3.

Henry, p. 183.

encore l'idée de subrogation, utile cependant parce qu'elle explique ce qui se passe le plus généralement, est insuffisante. Il faut faire appel à l'intention des parties d'affecter au commerce, dans l'intérêt commun, les marchandises acquises, sans la limiter à celles d'entre elles qui viendraient prendre la place des marchandises aliénées, puisqu'il n'en a peut-être jamais existé, puisqu'en tout cas les parties ne les ont pas eues en vue à l'origine.

SECTION II

LE MATÉRIEL

Après avoir rappelé que le matériel entre dans la composition du fonds de commerce et montré comment il s'y comporte, nous aurons surtout à étudier les confusions susceptibles de se produire entre les objets qui le composent et les marchandises ou l'immeuble commercial.

§ I : *Condition juridique de l'« élément matériel »*

Cet élément se rencontre dans la plupart des cas, mais présente une importance très variable ; il comprend, en principe, tous les meubles corporels qui, concourant à l'exploitation à un titre quelconque, ne sont pas destinés à être vendus et présentent un certain caractère de stabilité (1), et principalement le mobilier commercial et l'outillage.

L'incorporation du matériel au fonds de commerce, que la doctrine et la jurisprudence, d'accord avec la réalité des faits, sont unanimes à admettre, ne peut pas faire de doute depuis le vote de la loi du 17 mars 1909.

Les articles 1^{er}, 2, 15 et 20 appliquent aux marchandises et au matériel les mêmes règles, de telle sorte que

(1) Cordelet, Proposition, J. O. 1905, Doc. Parl., Sénat, ann. 73, p. 154, 3^e colonne.

les arguments tirés de ces textes, qui permettent d'englober dans la composition du fonds de commerce le stock des marchandises (1), se représentent identiques pour y comprendre le matériel.

En outre, l'article 9, alinéa 2, se prononce explicitement dans le même sens, en déclarant le matériel susceptible « comme faisant partie du fonds de commerce » d'être compris dans le nantissement dont il exclut les marchandises.

Enfin, les articles 8 et 10 précisent que le nantissement est parfait par le simple accomplissement des formalités prescrites par la loi, sans aucune distinction entre les éléments incorporels et corporels ; la seule inscription au greffe suffit donc pour donner en gage le matériel comme les autres éléments, sans qu'il soit nécessaire de le mettre en la possession du créancier, ainsi que l'exigerait l'article 2076 du Code Civil s'il était considéré isolément (2), et rien ne peut mieux démontrer à quel point il est saisi dans l'ensemble des biens affectés au commerce que l'effet attribué à son égard à cette formalité unique.

La fonction économique du matériel, sans lui donner la mobilité qui caractérise les marchandises, l'expose à se détériorer par l'exploitation, surtout dans l'industrie ; d'autre part, ceux qui ont acquis des droits sur le fonds de commerce ne considèrent jamais cet élément dans l'individualité des objets corporels qui le composent (3), mais seulement dans son ensemble, car sa valeur seule les intéresse, valeur d'usage ou valeur d'échange selon le point de vue d'où ils envisagent le fonds.

Aussi, quand la conservation de ce dernier doit être

(1) Cf. supra p. 50 sq.

(2) Comp. Bourges, 24 février 1914, D. 15. 2. 83. Cet arrêt admet que l'inscription suffit même au cas de nantissement portant sur le seul matériel, s'il y a cependant nantissement de fonds de commerce. Dans le même sens, sous l'empire de la loi du 1^{er} mars 1898 : Com. Marseille, 9 juin 1909, J. C. M. de Marseille, 09. 4. 321.

(3) Montier et Faucon, n° 6, p. 136 et n° 47, p. 157 ; note anonyme sous Lyon, 30 juin 1911 et Marseille, 22 juillet 1912, D. 14. 2. 95.

assurée en vue de sauvegarder un intérêt que la loi ou la volonté individuelle ont entendu protéger, faut-il admettre, comme pour les marchandises (1), que le matériel nouveau se trouve, dès son acquisition, affecté de la qualité de bien destiné au commerce, tandis que cette même qualité est perdue par le matériel usé, aussitôt qu'il est aliéné. C'est la condition nécessaire de l'exploitation normale et, par suite, le moyen d'assurer la conservation du fonds de commerce ; aussi est-il légitime de prêter à ceux qui poursuivent ce but l'intention de l'accepter.

Il est inutile d'insister davantage sur ces idées qui ont été développées au sujet des marchandises ; il suffit d'indiquer que les mêmes arguments de textes peuvent être invoqués pour prouver que le matériel, associé aux marchandises dans les articles 2 et 20, se renouvelle de la même manière et d'ajouter que les décisions de l'article 9, de le comprendre dans le nantissement tout en permettant au débiteur maintenu en possession de continuer l'exercice du commerce, et de l'article 24, alinéa 4, d'exiger seulement qu'il soit « nommément désigné » dans l'inscription sans imposer l'énumération des objets qui le composent (2), achèvent de démontrer que ces objets ne sont point considérés dans leur identité individuelle.

L'étude de l'usufruit fournira, d'ailleurs, l'occasion de donner une application à ces principes.

§ II : *Distinction du matériel et des marchandises*

La question présente un grand intérêt pratique depuis que la loi de 1909 a reconnu la validité du nantissement s'étendant au matériel, tandis qu'elle en exclut les marchan-

(1) Cf. supra p. 51 sq.

(2) Montpellier, 5 juin 1920, D. 21. 2. 67 (p. 68) — S. 20. 2. 127 — ; Orléans, 5 décembre 1919, D. 21. 2. 67 — S. 20. 2. 127 — R. G. P. 20. 1. 569 — ; Com. Tonnerre, 2 octobre 1920, R. G. P. 20. 2. Tables. v° fonds de commerce, n°s 8 et 9.

Contra : Bourges, 5 novembre 1913, D. 14. 2. 142 — ; Com. Marseille, 22 juillet 1912, Lyon, 30 juin 1911, D. 14. 2. 95.

dises qui forment la garantie commune de tous les créanciers (1).

La difficulté consiste à déterminer, dans l'industrie, de quel élément font partie les approvisionnements de matières premières, parfois considérables.

Pour les matières qui, dès leur acquisition, sont destinées à être vendues parce qu'elles doivent entrer, par la fabrication, dans la composition des marchandises, il ne peut y avoir de doute ; elles sont frappées d'une affectation caractéristique (2) et la conservent sans cesse quand bien même elles ne devraient parvenir à leur forme définitive que par une longue série de transformations. A quelque moment de la fabrication que l'on se place, cette affectation les accompagne et les empêche de se confondre avec tout autre élément du fonds de commerce.

Pour celles, au contraire, qui, sans sortir du fonds, doivent être simplement utilisées pour la production des objets réservés à la vente, il est permis d'hésiter. Comme le matériel, elles constituent un instrument de fabrication ; comme lui, elles sont destinées à s'user par le jeu de l'exploitation et, physiquement, aucune de leurs parcelles n'est jamais revendue à la clientèle. Mais, d'autre part, tandis que le matériel est un élément stable, qui ne se détériore que peu à peu par l'usage et n'est pas soumis à un renouvellement incessant, elles disparaissent en général aussitôt que l'on entreprend de les utiliser.

Malgré les nombreux points de ressemblance qui les rapprochent du matériel, ce dernier caractère, quand il existe, semble emporter l'assimilation aux marchandises des matières premières et leur exclusion du nantissement,

(1) Elle se posera rarement au cas d'usufruit ; cependant, nous ne pouvons nous dispenser de l'examiner, car l'usufruitier peut se trouver en conflit avec un créancier gagiste ; et il y aura lieu en ce cas de distinguer le matériel, soumis au privilège, des marchandises qui y échappent.

Elle se poserait également si l'on adoptait l'opinion assez répandue suivant laquelle l'usufruitier devient propriétaire des marchandises.

(2) Cf. *supra* p. 45.

les motifs invoqués contre les unes s'appliquant exactement aux autres.

Nous proposons donc de décider que toutes les matières premières qui sont destinées à être finalement vendues ou se consomment par le premier usage, entrent dans la composition de l'élément marchandises et ne peuvent pas être comprises dans le gage ; au contraire, celles qui sont susceptibles d'un usage répété et présentent une certaine stabilité, comparables à des instruments de fabrication, doivent être considérées comme faisant partie du matériel (1).

C'est ainsi que l'approvisionnement de charbon d'une aciérie sera tenu pour un stock de marchandises, parce qu'on ne peut l'employer à l'exploitation sans le détruire par le fait même ; au contraire, l'huile destinée à la trempe, la terre réfractaire pour la réparation des fours seront comprises dans le matériel, parce qu'elles ne disparaissent que peu à peu au cours de la production et sont susceptibles d'usages répétés.

§ III : *Immobilisation du matériel*

Une confusion d'un autre genre peut encore se produire, cette fois entre le matériel et l'immeuble dans lequel le fonds de commerce est exploité, par application de la théorie de l'immobilisation par destination.

L'article 524 du Code Civil décide que « les objets que le propriétaire d'un fonds y a placés pour le service et l'exploitation de ce fonds, sont immeubles par destination » ; comme l'alinéa 1^{er}, qui pose le principe en ces termes, ne fait aucune distinction selon la nature de l'exploitation, il faut admettre la possibilité de l'immobilisation par destination commerciale aussi bien que par destination agricole ou industrielle, bien que les paragraphes suivants, dont

(1) Comp. Cendrier, n° 312, p. 191 et 192 et n° 546, p. 340 ; Hanus, n° 64, p. 70 ; Montier et Faucon, n° 41, p. 155 et 156.

l'énumération n'est pas limitative (1), n'en donnent pas d'exemples (2). Ainsi, lorsqu'un immeuble a été spécialement disposé en vue d'y exercer un commerce ou une industrie déterminés et qu'il est impropre à un autre usage sans aménagements considérables, le matériel que le propriétaire y place devient immeuble par destination.

On peut alors se demander, quand, suivant l'opinion générale, on repousse l'incorporation de l'immeuble au fonds de commerce (3), s'il faut également en exclure le matériel immobilisé et, en tout cas, s'il est susceptible d'être compris dans le nantissement de la loi de 1909, puis comment, dans l'affirmative, doit se régler le conflit qui peut s'élever entre ceux qui ont acquis des droits sur le fonds et ceux qui en possèdent sur l'immeuble, en particulier entre le créancier gagiste et le créancier hypothécaire.

Bien que ces deux dernières questions puissent paraître un peu en marge de notre sujet, nous croyons devoir y proposer une réponse tant afin de mieux faire ressortir les raisons qui nous décident à admettre l'incorporation au fonds de commerce d'un élément que beaucoup d'auteurs en excluent, que pour échapper au reproche d'accepter cette solution, tout en négligeant les difficultés qu'elle soulève.

(1) Arg. du mot « ainsi », placé au début de l'énumération.

(2) En ce sens : Aubry et Rau (5^e édition), II, n° 164, p. 22, n. 61 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 75 sq., p. 73 sq. ; Colin et Capitant, I, p. 684 sq. ; Laurent, V, n° 463 sq., p. 566 sq. ; Lespinasse, Note parue dans la Gazette des Tribunaux du 24 septembre 1884 ; Lyon-Caen, Note sous Cass. Req., 31 juillet 1879, S. 80. 1. 409, citant deux arrêts de Bruxelles des 4 mars 1867 et 15 juillet 1867 conformes ; Planiol, I, n° 2222, p. 677 ; Simon, p. 17 et 18.

Cass. Req., 2 août 1886 — D. 87. 1. 293 — S. 86. 1. 417 — ; Alger, 26 mai 1909, D. 13. 2. 6 — ; Pau, 23 juillet 1884, R. G. T. 84. 2. 932 (p. 933, 3^e et 4^e colonnes) — ; Caen, 1^{er} avril 1879, S. 80. 2. 331.

Contra : Aubry et Rau (4^e édition), II, n° 164, p. 17 ; Demolombe, IX, n° 264 sq., p. 139 sq. ; Lèbre, n° 168, p. 216 et 217 ; Nantet, p. 33 et 34 ; Peyrière, p. 20 et 21.

Toulouse, 15 mai 1879, D. 79. 2. 176 — S. 80. 2. 331.

(3) Cf. infra p. 87.

Les explications qui vont suivre nous permettront, d'ailleurs, d'être plus bref dans l'examen des conflits, d'un intérêt beaucoup moins pratique, qui sont susceptibles de se produire au cours de l'usufruit (1).

Et d'abord, le matériel immobilisé fait-il partie du fonds de commerce ?

La confusion sur la même tête de la propriété de l'immeuble et de celle du fonds ne peut empêcher de se produire, entre le matériel et les autres éléments, « la réaction de valeur qui commande de les soumettre au même sort » (2) ; elle est également sans influence sur l'affectation du matériel à l'exercice du commerce, car l'intention de le consacrer à l'exploitation demeure la même que le commerçant l'ait placé dans un immeuble lui appartenant ou dans un local occupé par lui en vertu d'un bail.

Il suffit d'énoncer les conséquences de la distinction souvent établie suivant que le matériel est ou non immobilisé pour montrer combien elles sont inadmissibles : un outillage introduit par un commerçant dans un immeuble construit par un tiers propriétaire spécialement pour le recevoir, fait partie du fonds de commerce ; le même outillage placé par le même commerçant dans le même immeuble dont il est lui-même propriétaire, est exclu du fonds de commerce. Bien plus, si l'on se place d'abord dans la première hypothèse et si l'on suppose ensuite que le commerçant se rend acquéreur de l'immeuble, il faut décider que le matériel, d'abord incorporé au fonds de commerce, en est détaché brusquement du moment où la propriété de l'immeuble est passée au commerçant (3).

En réalité, il y a deux destinations concomitantes qui impriment au matériel deux caractères bien différents : d'une part, l'affectation à l'exercice du commerce en fait une partie d'un ensemble de biens groupés en vue de la

(1) Cf. infra p. 173 à 175 et p. 276.

(2) Percerou, Rapport, B. S. E. L., 1903, p. 231.

(3) Sur une conséquence de cette théorie cf. infra p. 63.

réalisation d'un but économique ; d'autre part, l'affectation à l'exploitation de l'immeuble lui attribuée, d'abord, la même nature immobilière que possède le bien dont il est réputé l'accessoire par une décision souveraine de la loi intervenant dans un domaine réservé, celui de la classification des biens ; puis, comme conséquence, elle lie le sort du matériel au sort de l'immeuble, agissant cette fois par interprétation légale de la volonté des parties, qui demeurent libres de rompre cette union par la manifestation d'une volonté contraire.

Ces caractères ne semblent point incompatibles (1), aucun motif n'empêchant d'admettre que des biens immobiliers puissent être consacrés au commerce.

Si l'on adopte largement cette dernière idée, reconnaissant que l'immeuble commercial peut constituer un élément du fonds (2), toute difficulté disparaît ; il devient certain que le matériel affecté à l'exploitation de l'immeuble, loin de cesser pour cela de faire partie du fonds de commerce, s'y trouve, au contraire, plus intimement incorporé.

Mais la théorie la plus répandue ne donne pas à la notion du fonds de commerce une aussi grande extension ; elle accepte généralement que le matériel remplissant les conditions de l'immobilisation y soit compris (3) ; seulement, comme elle répugne à l'idée d'y incorporer un immeuble, elle tend parfois à décider qu'il convient de déterminer la destination dominante (4) ; si le lien paraît plus

(1) L'alinéa 1^{er} de l'article 4 nouveau de la proposition de loi concernant la vente et le nantissement des fonds de commerce le reconnaît implicitement. J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832. Fleury-Ravarin, Rapport, p. 114. — Cf. aussi le même rapport, p. 62.

(2) Cf. infra p. 91 et 92.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 50, p. 57 et 58 et n° 381, p. 412 ; Gombaux, p. 245 et 246 ; Hanus, n° 71, p. 84 ; Magnin, A. D. C. 1900, p. 28, n. 1 ; Nantet, p. 33 et 35 ; Percerou, Note sous Dijon, 30 mars 1903, D. 09. 2. 153 ; Wahl, Note sous Aix, 12 février 1912, S. 13. 2. 281. (p. 283, 2^e colonne).

Cass. Req., 20 janvier 1913, S. 20. 1. 33 — R. G. P. 13. I. 212 (p. 213, 1^{re} colonne et 215, 1^{re} colonne).

(4) Magnin, A. D. C. 1900, p. 28, n. 1 ; Mouchet, p. 103 ; Nantet, p. 33

étroit avec le fonds, on considérera que le matériel en fait partie ; mais il ne sera plus alors immobilisé.

Ce système est inadmissible parce qu'il permet à la volonté individuelle de modifier la nature juridique que la loi impose à un bien dès que certaines circonstances se trouvent réunies (1). Il est, en outre, défectueux, parce qu'il se montre en contradiction avec les faits ; le plus souvent, les mêmes objets sont réellement affectés à la fois à l'exercice du commerce et à l'exploitation de l'immeuble et il n'existe aucune raison de sacrifier l'un des caractères que cette double destination leur donne.

Son seul avantage, évidemment appréciable, est d'éviter les difficultés que laisse subsister, en ce qui concerne le nantissement, la théorie à laquelle vont nos préférences et de prévenir les conflits déjà signalés. L'interprétation de la volonté des parties, qui ont établi sur le matériel les droits rivaux, permettra peut-être de proposer une solution à ces conflits sans encourir les mêmes critiques (2).

L'article 9 de la loi du 17 mars 1909, en donnant une énumération limitative des éléments susceptibles de se trouver englobés dans la composition du fonds de commerce donné en gage, cite le matériel, mais ne mentionne pas l'immeuble qu'il en exclut par le fait même. Faut-il en conclure que le matériel immobilisé par destination, ayant pris une nature immobilière, ne peut être donné en gage comme élément du fonds de commerce (3) ? Il ne le semble pas, car le texte ne fait aucune réserve en ce qui le concerne (4) ; il exige seulement que le matériel serve à

et 35 ; Percerou, Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153 (p. 153, 2^e colonne) ; Valéry, Note sous Lyon, 17 février 1900, D. 03. 2. 249 (p. 251).

(1) Alger, 26 mai 1909, D. 13. 2. 6.

(2) Cf. infra p. 67 et 68.

(3) Cass. Req., 20 janvier 1913, S. 20. 1. 33 — R. G. P. 13. 1. 242.

(4) Hanus, n° 72, p. 86 ; Wahl, n° 392, p. 123 et Note sous Cass. Req., 20 janvier 1913, S. 20. 1. 33 (p. 33, 1^{re} colonne) et Note sous Aix, 12 février 1912, S. 13. 2. 281 (p. 283, 2^e colonne).

l'exploitation du fonds (1), condition à l'accomplissement de laquelle l'immobilisation est, nous l'avons vu, absolument indifférente ; d'autre part, ce serait exagérer la portée de son silence que de l'interpréter comme écartant du nantissement un bien qui peut s'y trouver en principe compris et qui n'a perdu ni sa nature physique propre, ni sa fonction économique, uniquement parce qu'une fiction de la loi lui a attribué le caractère d'immeuble.

Cela est d'autant plus vrai que le matériel immobilisé peut faire l'objet d'un gage suivant les règles du droit commun ; on ne voit pas, dès lors, pourquoi il serait impossible de le comprendre dans le nantissement suivant les formes de la loi de 1909, pourvu que soient accomplies les mesures de publicité qu'elle a prescrites.

Enfin, si l'on exclut du nantissement le matériel immobilisé, on permet au commerçant qui a établi son exploitation dans un local spécialement construit et aménagé dont il n'est pas propriétaire, de soustraire son matériel au gage du créancier nanti en se rendant acquéreur de l'immeuble ; l'immobilisation par destination se produit alors et le matériel cesse d'être susceptible de se trouver compris dans le nantissement (2).

Le projet ayant pour objet de modifier la loi de 1909 confirme notre manière de voir ; au texte de l'article 9, qui déclare « le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds » susceptibles d'être compris dans le nantissement, la nouvelle disposition, devenue l'article 11, ajoute simplement la précision qui manquait : « même s'ils sont immeubles par destination » (3). Ainsi, il n'y a pas de choix à exercer entre l'affectation à l'exploitation du fonds ou de l'immeuble ; le

(1) Loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 1^{er}.

(2) Grenoble, 27 décembre 1912, R. G. T. 13, 1^{er} sem. 2. 98.

Sur cette conséquence : Wahl, Note sous Cass. Req., 20 janvier 1913, S. 20. 1. 33 (p. 34, 3^e colonne).

(3) Réville, Rapport, J. O. 1919, Doc. Parl., Chambre, ann. 6682, p. 2383 (p. 2385, 2^e colonne).

matériel peut être à la fois constitué en gage comme élément de l'un et immobilisé comme accessoire de l'autre. Et la forme sous laquelle l'auteur du projet apporte cet éclaircissement au texte actuel, dont il avait également été le principal artisan, paraît confirmer notre interprétation de l'article 9 : les mots « servant à l'exploitation du fonds » subsistent, où l'on a cru découvrir une intention implicitement exprimée d'exclure du nantissement le matériel immobilisé comme servant à l'exploitation de l'immeuble (1) et le membre de phrase nouveau, dans lequel nous ne voulons voir, dès lors, qu'une expression plus claire de la pensée du législateur de 1909, est inséré dans le texte immédiatement à leur suite, confirmant ainsi que le matériel tout entier affecté à l'exercice du commerce fait partie du fonds et peut être compris dans le gage (2). Seulement il va devenir alors l'enjeu d'un conflit entre des intérêts opposés, comme se rattachant à la fois à deux groupes de biens frappés de droits indépendants.

Ce conflit peut se produire entre les titulaires de droits portant sur le fonds de commerce à l'exclusion de l'immeuble, créancier gagiste, vendeur privilégié, acquéreur de la propriété ou de l'usufruit, d'une part, et ceux qui ont à faire valoir des droits sur l'immeuble et ses accessoires, créancier hypothécaire, acquéreur de la propriété ou de l'usufruit de l'immeuble, d'autre part ; mais il s'est surtout présenté entre le créancier nanti et le créancier hypothécaire et ne peut guère, en pratique, s'élever qu'entre eux, si l'on admet l'incorporation de l'immeuble au fonds : comme le gage ne s'étend pas à l'immeuble commercial (3) et comme l'hypothèque ne peut frapper les autres éléments, tous mobiliers, les deux droits entrent nécessairement en conflit sur le seul matériel.

L'article 41 du nouveau projet règle, en ce cas, l'ordre

(1) Percerou, Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153 (p. 153, 2^e colonne).

(2) Cf. aussi Fleury-Ravarin, Rapport, p. 62.

(3) Loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 1^{er}.

de préférence d'après la date des inscriptions tant sur le fonds que sur l'immeuble et, pour les hypothèques dispensées d'inscription, adopte le rang établi par l'article 2135 du Code Civil (1).

Cette solution, seule équitable et pratique, avait été proposée par la Société d'Etudes Législatives (2) ; si elle ne figure pas explicitement dans le texte actuellement en vigueur, c'est, semble-t-il, que la difficulté a échappé aux préoccupations du législateur de 1909.

Malgré ce silence, que l'on s'accorde à regretter (3), il paraît dès maintenant impossible d'adopter une solution différente si l'on reconnaît que le matériel immobilisé fait partie du fonds de commerce et est susceptible de nantissement ; car, en décidant que les mesures de publicité organisées par la loi de 1909 sont sans effet à l'égard du créancier hypothécaire et en lui donnant la préférence, quel que soit l'ordre des inscriptions, on enlève toute sécurité au créancier nanti et l'on fait perdre sa valeur de crédit au matériel immobilisé ; finalement, le commerçant propriétaire du local où a lieu l'exploitation peut être privé des avantages qu'offre la loi. Comment, en effet, trouverait-il à se faire ouvrir un crédit sur nantissement quand, dès le lendemain, il lui est possible de frapper son immeuble d'une hypothèque dont l'effet immédiat sera de faire perdre au créancier son droit de priorité sur l'objet le plus tangible et peut-être le plus important du gage ? Le prêteur ne pourrait avoir de sécurité dans ces conditions qu'en exigeant, en même temps que le nantissement du fonds, une hypothèque sur l'immeuble ; après quoi le commerçant n'aura plus à offrir que ses marchandises en garantie à ses autres créanciers.

L'opinion qui reconnaît l'incorporation du matériel im-

(1) Réville, Rapport, J. O. 1919, Doc. Parl., Chambre, Ann. 6682, p. 2383 (p. 2387, 3^e colonne).

(2) Projet de la commission, art. 11, alinéa 4, B. S. E. L., 1903, p. 261.

(3) Percerou, Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153 ; Wahl, Note sous Aix, 12 février 1912, S. 13. 2. 281 (1^{re} colonne).

mobilisé, mais confère seulement sur lui au créancier gagiste le droit dont nous venons de montrer la fragilité (1), ne doit donc pas faire illusion ; elle aboutit au même résultat que la théorie plus logique qui en prononce l'exclusion du fonds de commerce. Aussi ne nous semble-t-il permis d'hésiter qu'entre les deux solutions extrêmes : ou bien détacher du fonds le matériel immobilisé (2), ou, sinon, régler l'ordre de préférence par la date des inscriptions tant sur le registre du greffe que sur ceux des hypothèques (3).

La première ne paraissant pas acceptable pour les motifs déjà exposés, une seule objection subsiste contre la seconde, que l'on reconnaît, du reste, pour la meilleure en législation (4) : c'est la volonté de l'auteur de la loi de ne pas innover en matière hypothécaire (5), manifestée

(1) Cette opinion semble être celle de M. Percerou, qui parle seulement de préférence donnée au créancier hypothécaire sur le créancier nanti et ne dit pas que, vis-à-vis des créanciers chirographaires, ce dernier n'a aucun privilège sur le matériel immobilisé. Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153.

(2) Cendrier, n° 76, p. 32 et 33 ; cet auteur semble, d'ailleurs, soutenir dans une note l'opinion contraire, (n. 3. p. 33) ; Montier et Faucon, n°s 6, p. 136 et 39, p. 154 ; les conséquences de leur théorie ont, d'ailleurs, fait reculer ces auteurs dans deux hypothèses : au cas où l'immobilisation du matériel se produirait postérieurement au nantissement ou à la vente par l'acquisition de l'immeuble par le débiteur (cf. supra p. 63), ils maintiennent le privilège du créancier gagiste ou celui du vendeur, n° 49, p. 159 et n° 145, p. 194.

Cass. Req., 20 janvier 1913, S. 20. 1. 33 — R. G. P. 13, 1. 212.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 381, p. 412 ; Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 414, p. 514, n. 1 ; Lavalette-Simon, p. 83 ; Montier et Faucon, n° 49, p. 159 (solution implicite au cas où le matériel non immobilisé au moment de la constitution du nantissement le devient ensuite par l'acquisition de l'immeuble par le commerçant) ; Peyrière, p. 125 et 126 ; Wahl, n° 402, p. 126 et Note sous Cass. Req., 20 janvier 1913, S. 20. 1. 33 (p. 33, 3^e colonne) et Note sous Aix, 12 février 1912, S. 13. 2. 281.

Lyon, 12 janvier 1901, R. G. T. 01, 1^{er} sem. 2. 476.

(4) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 232 et Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153.

(5) Percerou, Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153. Déjà

par le soin qu'il aurait pris d'écarter tout immeuble du fonds de commerce ; mais, s'il est vrai qu'il n'ait point innové intentionnellement, ainsi que semble bien en témoigner l'article 12 où il règle seulement « le rang des créanciers gagistes entre eux », le fait de comprendre dans la composition du fonds de commerce le matériel, qui peut, dans certaines circonstances, revêtir une nature immobilière, n'en a pas moins créé deux ordres de préférence sur le même bien et introduit, par là même, en matière hypothécaire un changement.

On le reconnaît d'une manière implicite quand on parle de régler le conflit qui peut s'élever et aussi de donner la préférence soit au créancier hypothécaire, soit au créancier nanti, au lieu de refuser à ce dernier tout privilège ; car, pour rester logique avec la proposition qui a servi de point de départ au raisonnement, savoir que la loi de 1909 ne s'est occupée que des meubles, il faudrait admettre que le nantissement est nul et inopposable même aux créanciers chirographaires en tant qu'il porte sur le matériel immobilisé, à quelque moment que se produise l'immobilisation ; cette théorie radicale, certainement contraire à l'esprit de la loi (1) et au souci dont elle a témoigné d'assurer la solidarité des éléments du fonds de commerce, ne paraissant pas acceptable, il semble plus naturel de chercher la solution du conflit dans la combinaison avec la législation antérieure, de la loi nouvelle qui l'a provoqué.

Le système auquel on aboutit ainsi répond si exactement aux nécessités pratiques que l'on n'a pas songé à en proposer un autre quand il s'est agi de compléter la loi. Il est possible de le justifier directement par l'analyse de l'inten-

en 1903, M. Percerou avait limité aux meubles le champ d'application de la loi en préparation : « Nous nous occupons de la législation du « gage et le gage ne porte point sur les immeubles » (B. S. E. L., Rapport, 1903, p. 231) ; mais, aussitôt après, il indiquait la possibilité du conflit qui nous occupe, sur le matériel immobilisé (p. 232, note 2) ; n'était-ce pas reconnaître d'avance que le gage porterait sur un immeuble, le matériel immobilisé par destination ?

(1) Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, p. 514, n. 1.

tion du commerçant et de ses créanciers, à qui des sûretés tantôt sur l'immeuble, tantôt sur le fonds sont successivement consenties.

Le créancier gagiste ne doit certainement pas être préféré au créancier hypothécaire dont le droit a été antérieurement inscrit, car, pour qu'il en soit ainsi, il faudrait que l'immobilisation par destination cesse et le nantissement est absolument impuissant à produire cet effet : tant que les conditions prévues par le législateur pour qu'elle se réalise sont réunies, aucune convention ne permet d'enlever son caractère d'immeuble au matériel (1).

Mais, en le comprenant dans le nantissement, le commerçant manifeste, au profit du créancier gagiste, sa préférence pour le rattachement du matériel au fonds de commerce ; leurs volontés opèrent ici dans un domaine qui leur est ouvert, puisqu'il ne s'agit plus de modifier la classification des biens, mais seulement de rompre le lien établi par la loi entre le matériel et l'immeuble par simple interprétation de volonté.

Survienne une nouvelle constitution d'hypothèque, le matériel, s'il n'en est pas formellement exclu, s'y trouvera compris, car, à défaut de manifestation d'une intention contraire, la présomption de la loi reprend son empire aussi longtemps que les conditions de l'immobilisation subsistent. Mais, comme le commerçant n'a pas le droit de diminuer le gage préalablement donné et comme le créancier, à qui l'hypothèque nouvelle est consentie, connaît le nantissement par l'inscription, leur intention commune doit être présumée de n'accorder de préférence au créancier hypothécaire sur le matériel qu'après désintéressement du créancier gagiste.

Ce système est, par ailleurs, d'une application facile (2) puisque la loi sur le nantissement des fonds de commerce règle, comme la législation hypothécaire, le rang de préfé-

(1) Alger, 26 mai 1909, D. 13. 2. 6.

Contra : Hanus, n° 184 et 185, p. 184 et 185.

(2) Percerou, note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153.

Adde Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, p. 514 ; Peyrière, p. 125.

rence par les dates des inscriptions. Les tiers n'auront donc, avant de traiter avec le commerçant propriétaire de l'immeuble, qu'à consulter les deux registres ; ce double examen, seul, les tiendra à l'abri de toute surprise.

SECTION III

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

Cette dénomination est généralement réservée aux droits qui ont fait l'objet d'une protection spéciale dont ne bénéficient ni l'enseigne, ni le nom qui, cependant, appartiennent bien au domaine de la propriété commerciale ou industrielle. Les uns et les autres sont de même nature et présentent le caractère commun de recevoir exclusivement leur valeur des rapports commerciaux qu'ils contribuent à attirer et à fixer ; aussi avons-nous cru pouvoir les ranger sous une seule rubrique, pour étudier successivement l'enseigne et le nom, dont l'application de l'article 1382 du Code Civil (1) garantit seule l'usage exclusif, et les monopoles d'exploitation, qui sont, en outre, protégés par des lois particulières.

§ I : *L'enseigne et le nom commercial*

Sur l'incorporation de l'enseigne et du nom commercial au fonds de commerce, il ne peut y avoir de difficulté, surtout depuis que la loi du 17 mars 1909 les a rangés au premier rang des éléments qui, à défaut de désignation précise, sont, au cas de vente, soumis au privilège du vendeur (2) et, au cas de nantissement, compris dans le gage (3).

(1) Suivant l'opinion générale sur la nature de l'action en concurrence déloyale.

(2) Art. 1^{er}, al. 2.

(3) Art. 9, al. 3.

Ils présentent entre eux beaucoup d'analogie, car le nom fait seulement partie du fonds de commerce comme moyen de l'individualiser et se rapproche par là de l'enseigne (1) ; il peut même arriver qu'ils se confondent, le nom tenant lieu d'enseigne ; mais, en général, ils se distinguent l'un de l'autre.

L'enseigne est la désignation, le plus souvent emblématique, du fonds de commerce destinée à frapper le public et à l'attirer. Elle sert uniquement à identifier la maison et ne présente aucun lien ni avec l'objet matériel qui la réalise (2), ni avec l'immeuble sur lequel elle figure (3), ni avec la personne du commerçant ; aussi, au cas de cession, le droit exclusif de l'apposer sur l'établissement passe-t-il avec le fonds définitivement et sans aucune restriction particulière au successeur.

Il s'acquiert par la priorité de l'usage (4) et est seulement limité, dans l'espace, aux localités où l'exploitant entretient réellement des relations commerciales et où la concurrence d'une maison venant à adopter la même désignation serait susceptible de lui causer un préjudice sérieux (5).

Le droit à l'enseigne n'est l'objet d'aucune protection spéciale.

Le *nom commercial* est l'appellation sous laquelle le commerce est exercé ; c'est généralement le nom patronymique du commerçant. Bientôt connu des fournisseurs et des clients, il les attire et les groupe, si bien que, pour assurer la transmission du fonds de commerce, on a reconnu

(1) Lyon-Caen et Renault, III, n° 246 *bis*, p. 198 ; Oudinot, A. D. C. 1912, p. 261 et p. 366 sq. ; Pouillet, Marques, n° 720, p. 589 sq. et n°s 1061 sq., p. 867 sq. ; Thaller, Traité Elém., n° 102, p. 77 et n. 4, et B. S. L. C. 1902, p. 279.

(2) Pouillet, Marques, n° 1406, p. 1130.

(3) Bordeaux, 21 juin 1880, D. 81. 2. 23.

(4) Pouillet, Marques, n° 1382 sq., p. 1110 sq.

(5) Boutaud et Chabrol, n° 54, p. 63 ; Pouillet, Marques, n° 1389 à 1392, p. 1114 sq., avec la jurisprudence citée.

la nécessité d'autoriser le successeur à en faire usage (1) : c'est donc seulement comme signe distinctif que le nom constitue un élément du fonds ; aussi conserve-t-il un certain caractère personnel et, par suite, il faut décider que, sauf stipulation contraire, le nouvel exploitant ne peut s'en servir qu'en le faisant suivre de son propre nom et en indiquant sa qualité de successeur (2) ; car on ne cherche pas à produire entre les personnes une confusion à laquelle l'ancien commerçant ou ses héritiers auraient le droit de s'opposer, mais seulement à montrer au public que le fonds de commerce reste le même entre les mains du nouveau commerçant qui marque, en rappelant le nom de son prédécesseur, son intention de perpétuer ses traditions commerciales (3).

Ainsi limité, le droit de se servir du nom doit être considéré comme perpétuel ; un nouveau changement pourrait entraîner un préjudice pour le successeur et l'ancien commerçant n'a pas d'intérêt à lui en interdire l'usage, si toutefois il ne commet pas d'abus (4).

Mais l'ancien commerçant ne perd pas le droit de se servir de son nom, attribut inaliénable de sa personne. Il

(1) Auteurs cités supra p. 70, n. 4. — Adde Gombeaux, p. 90.

Un arrêt du tribunal d'appel de Paris du 29 thermidor an IX (S. 1. 2. 627) semble avoir reconnu le premier à l'acquéreur d'une « maison de commerce » le droit de prendre le nom de son vendeur en s'intitulant successeur ; la décision a été prise sur le rapport du commissaire du gouvernement Try qui sut mettre en lumière le rôle du nom commercial en vue de rendre efficace la transmission du fonds de commerce au successeur, à qui il assure, à côté de la « propriété physique,.... la propriété morale, qui sont (*sic*) l'achat, la possession de la confiance publique ».

(2) Lyon-Caen et Renault. III. n° 246 *bis*, p. 198 et 199 et Manuel N° 432, p. 338 ; Lacour. I. N° 838, p. 491 et 492 ; Pouillet-Marques. Nos 1065 à 1067, p. 873 sq.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 101, p. 110.

(4) Lacour, I, n° 838, p. 491 ; Simon, p. 52 à 54.

Cass. Req., 13 février 1909, D. 10. 1. 441 — S. 09. 1. 481 et la Note de M. Lyon-Caen.

Contra : Boutaud et Chabrol, n° 103, p. 114 et n. 2 avec la jurisprudence citée ; Thaller, Traité Élém., n° 102, p. 77.

doit seulement s'abstenir d'exercer un commerce de même nature dans des conditions qui équivaldraient à la violation de son obligation de faire profiter son successeur des relations commerciales (1). Des stipulations particulières peuvent aggraver cette obligation normale, en lui interdisant complètement soit une branche de commerce (2), soit un certain nombre de localités déterminées, même en dehors du rayon habituel des affaires, ou, au contraire, en diminuer la rigueur, en lui permettant de continuer à exploiter le commerce cédé ou un commerce similaire.

Le nom commercial n'est protégé, comme l'enseigne, que suivant les principes du droit commun développés dans la théorie de la concurrence déloyale, sauf au cas où il a été apposé sur des objets fabriqués ; la suppression ou l'altération du nom est alors punie par la loi du 28 juillet 1824 des peines prévues par l'article 423 du Code Pénal. Mais cette protection spéciale ne s'applique qu'aux noms apposés par les industriels sur les objets qui sortent de leurs ateliers et non à ceux apposés par les commerçants sur les marchandises qu'ils vendent (3).

§ II : *Les monopoles d'exploitation*

Tous les droits groupés sous cette dénomination sont considérés sans conteste comme des éléments du fonds de commerce (4).

(1) Lyon-Caen, Note sous Cass. Civ., 30 janvier 1878, S. 78. 1. 289.

Cass. Civ., 21 juillet 1891, S. 91. 1. 377.

(2) Paris, 12 janvier 1898, R. G. P. 98. 1. 312.

(3) Arg. des mots « fabricant » et « fabrique » de l'art. 1^{er}.

(4) C'est seulement au cours du XIX^e siècle que ces monopoles ont pris place dans la composition juridique du fonds de commerce. Cependant, s'ils n'avaient pas reçu sous l'ancien régime leur forme définitive, presque tous ceux que nous allons rencontrer existaient déjà et devaient constituer en fait un élément important de beaucoup d'entreprises commerciales ; quelques exemples suffisent à le montrer :

Pour la propriété industrielle : Isambert, XVI, p. 18 et 32 : privilèges accordés pour 20 ans à des inventeurs les 30 juin 1611 et 10 octobre 1612 ; Isambert, XXII, p. 387 : déclaration du 24 décembre

Les brevets d'invention résultent du dépôt fait conformément aux dispositions de la loi du 5 juillet 1844 de toute nouvelle découverte ; ils confèrent à leurs auteurs un droit exclusif d'exploitation (art. 1^{er}) cessible (art. 20, al. 1^{er}), valable pendant une durée de cinq, dix ou quinze années (art. 4), soumis à certaines déchéances (art. 32) et dont la violation donne ouverture à l'action en contrefaçon, prévue par les articles 40 et suivants de cette loi.

Quand un brevet se trouve en contact avec les autres éléments du fonds de commerce, il y peut gagner la plus grande partie de sa valeur et contribuer, en même temps, à leur conférer à eux-mêmes une plus-value. Aussi est-on d'accord pour admettre qu'il en fait partie (1). La loi du 17 mars 1909 est venue confirmer cette solution, en particulier en décidant explicitement dans l'article 9, alinéa 1^{er}, que les brevets sont susceptibles d'être compris dans le nantissement du fonds de commerce et implicitement qu'ils doivent être réunis aux autres éléments pour

1762 réduisant le délai de protection à 15 ans ; Isambert, XXVIII, p. 380 : arrêt du 14 juillet 1787 accordant une protection aux dessins de soieries fabriqués en France et déposés.

Pour la propriété littéraire : Pouillet, *Propriété Littéraire*, n° 2, p. 5 à 11 : premiers privilèges accordés en 1507 et 1508, mais protégeant les libraires plutôt que les auteurs ; première reconnaissance officielle du privilège personnel des auteurs en 1761 au profit des petites filles de La Fontaine ; Isambert, XXV, p. 108 : arrêt du 30 août 1777 attribuant à l'auteur et à ses héritiers un privilège perpétuel et au libraire, acquéreur de l'œuvre, un privilège réduit à la durée de la vie de l'auteur. Cf. Falk, p. 63 sq.

Pour la propriété artistique : Isambert, XXVIII, p. 244 : arrêt du Conseil du 15 septembre 1786, obligeant l'éditeur à justifier qu'il est cessionnaire de l'auteur de l'œuvre pour obtenir un privilège de publication ; Isambert, XXIV, p. 367 : article 8 de la déclaration du 15 mars 1777 en faveur de l'Académie Royale de peinture et sculpture consacrant la protection accordée aux sociétés dont les artistes étaient membres.

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *des Biens*, n° 583, p. 380 ; Bourtaud et Chabrol, n° 56, p. 64 ; Gombeaux, p. 268 ; Thaller, *Traité Elém.*, n° 80, p. 63 et n° 116 p. 83 sq.

faire avec eux l'objet de la vente globale des articles 15 et 20.

Les certificats d'addition prévus par l'article 16 de la loi du 5 juillet 1844, étant l'accessoire des brevets (1), en suivent le sort ; quand ils sont délivrés postérieurement au nantissement ils font, néanmoins, partie comme eux du gage constitué conformément à l'alinéa 2 de l'article 9 de la loi du 17 mars 1909, preuve certaine de la volonté du législateur de les incorporer au fonds de commerce.

Les licences, simples renonciations, consenties en faveur du bénéficiaire, au droit exclusif d'exploitation conféré par les brevets, sont également comprises dans l'énumération des éléments donnée par l'alinéa 1^{er} du même article 9.

Comme le monopole d'exploitation conféré à l'inventeur sous ces différentes formes n'est que temporaire, il se range parmi les éléments du fonds de commerce dont la valeur va nécessairement en diminuant avec le temps, caractère intéressant au cas d'usufruit (2).

Les *marques de fabrique et de commerce* désignent tous les signes matériels qui, apposés sur les marchandises, en indiquent et garantissent respectivement l'origine de fabrication et la provenance commerciale (3).

Le droit exclusif de s'en servir est perpétuel (4) ; il s'acquiert par la priorité de l'usage, pourvu que cet usage soit continu (5), et est sanctionné par l'action en concurrence déloyale.

(1) Arg. art. 22 al. 1^{er} de la loi du 5 juillet 1844.

Cf. Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 301, p. 458.

(2) Cf. infra p. 234 à 236.

(3) Loi du 23 juin 1857 art. 1^{er}, al. 3.

(4) Arg. loi du 23 juin 1857, art. 3, al. 2.

(5) Pouillet, Marques, n° 140 sq., p. 133 sq. ; Wahl, n° 285, p. 97.

Cf. Ribeyre, Rapport, J. O. 1917, Déc. Parl., Chambre, ann. 3135, p. 530 : ce projet confirme la règle que l'usage est attributif de la propriété de la marque ; mais il admet que le dépôt, en principe simplement déclaratif, produit le même effet si, au bout de cinq années écoulées, la propriété n'a pas été contestée au déposant (p. 531, 3^e colonne).

Le dépôt de la marque dans les conditions prévues par la loi du 23 juin 1857 a pour but d'en conserver la propriété malgré le non-usage (1), de permettre au commerçant qui l'a effectué d'intenter contre les contrefacteurs l'action pénale (2) et de demander, conformément à la loi du 26 novembre 1873, que la marque soit poinçonnée (3) afin d'accroître la protection dont elle jouit (4). Il n'a d'effet que durant quinze ans (5), mais peut être indéfiniment renouvelé.

La marque est unanimement reconnue comme un élément du fonds de commerce (6) ; en couvrant la marchandise et en permettant à la clientèle de la reconnaître et de la demander, elle constitue un facteur important de la prospérité de la maison ; d'autre part, elle reçoit elle-même sa valeur de la réputation des produits sur lesquels elle est apposée ; cette réputation tenant soit à l'excellence des matières premières ou de l'outillage employés, soit à l'habileté du personnel qu'une heureuse convention a attaché au fonds et chargé de la fabrication ou de la vente, soit

1) Boutaud et Chabrol, n° 42, p. 47 ; Pouillet, Marques, n° 153 sq., p. 145 sq. et, en particulier, p. 147 et 148.

La jurisprudence (citée par Pouillet) est divisée, mais la majorité statue dans le sens indiqué au texte : Cass. Civ., 11 mai 1903, D. 03. 1. 324 — ; Cass. Civ., 1^{er} décembre 1890, D. 91. 1. 124.

Cette interprétation, savoir que le non-usage est actuellement impuissant à faire perdre la propriété exclusive de la marque déposée, est adoptée et confirmée par la proposition de loi de M. Gheusi, tendant à compléter l'article 3 de la loi du 23 juin 1857, puisque l'addition projetée a précisément pour but d'assimiler le non-usage à un abandon. Cette proposition se justifie par la considération que des commerçants accaparent une foule de marques non pas pour s'en servir, mais pour en interdire l'usage à leurs concurrents. (J. O. 1920, Doc. Parl., Chambre, ann. 1926, p. 591, session extraordinaire de 1920).

(2) Loi du 23 juin 1857, art. 2 et 7 sq.

(3) Loi du 26 novembre 1873, art. 1^{er}, al. 1^{er}.

(4) Loi du 26 novembre 1873, art. 6.

(5) Loi du 23 juin 1857, art. 3.

(6) Boutaud et Chabrol, n° 56, p. 64 ; Gombeaux, p. 268 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 239, p. 192 ; Pouillet, Marques, n° 181, p. 172 à 174 ; Thaller, Traité Elém., n° 93, p. 73 et n° 105, p. 78.

simplement à l'engouement, parfois inexplicable, de la clientèle, il est aisé d'apercevoir le lien qui unit la marque aux divers éléments, l'influence réciproque qu'ils exercent sur elle et elle, sur eux, et par suite l'intérêt qui existe à ne point l'en séparer. Aussi la loi du 17 mars 1909 a-t-elle admis, dans les mêmes conditions que pour les brevets (1), l'incorporation des marques au fonds de commerce.

Des brevets et des marques, il convient de rapprocher les *secrets de fabrique* (2) qui, d'ailleurs, peuvent précisément être protégés par une marque ; l'article 418 du Code Pénal punit leur divulgation par le personnel et l'action en concurrence déloyale en sanctionne l'usurpation par les concurrents au moyen de procédés illicites.

Les *dessins et modèles industriels*, dont le droit exclusif de reproduction, d'exploitation et de vente est protégé par les articles 425 et 427 du Code Pénal et la loi du 14 juillet 1909, font partie du fonds de commerce tout comme les brevets et les marques et pour des raisons identiques. Cette solution, admise dès avant la promulgation de la loi du 17 mars 1909 (3), a été consacrée par elle : l'article 5 cite les modèles industriels parmi les éléments susceptibles d'être compris dans le nantissement comme englobés dans la composition du fonds.

Au cas de mutation de la propriété ou de la jouissance de l'entreprise, le nouvel exploitant a donc, à défaut de stipulation contraire, le droit de poursuivre les contrefacteurs conformément aux dispositions du Code Pénal ; en outre, si le dépôt a été effectué (4) et est renouvelé dans les conditions requises par la loi du 14 juillet 1909 (5), il jouit de la protection accordée par elle pour une durée

(1) Cf. supra p. 73 et 74.

(2) Thaller, *Traité Elém.*, n° 93, p. 73 et n° 112, p. 81 sq.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 56, p. 64 ; Pouillet, *Dessins et Modèles*, n° 331, p. 376.

(4) Art. 3. Pour les taxes à acquitter, cf. art. 8.

(5) Art. 5 à 7.

totale de cinquante années à dater du dépôt (1) et peut poursuivre par l'action pénale de l'article 10 tous ceux qui porteraient atteinte à son monopole et faire procéder contre eux à la constatation du délit dans les formes prévues à l'article 12.

Les médailles et récompenses, quoique n'étant pas explicitement comprises dans les énumérations de la loi du 17 mars 1909, font cependant partie du fonds de commerce toutes les fois qu'elles n'ont pas été décernées au commerçant personnellement (2). Elles sont, en effet, couramment employées, à côté de l'enseigne et des marques, à recommander la maison ou les produits à la clientèle et constituent ainsi des accessoires de l'exploitation, qui suivent le sort des autres éléments.

Le droit exclusif d'en faire usage, attribué non seulement à ceux qui les ont obtenues, mais, si elles ont été décernées en considération de la maison de commerce, au successeur à condition qu'il fasse une simple déclaration à l'office national de la propriété industrielle, est protégé par les lois des 30 avril 1886 et 8 août 1912.

Enfin, peut également faire partie d'un fonds de commerce (3) et se trouver englobé dans le nantissement (4) le monopole d'exploitation résultant de la cession consentie à un commerçant par les écrivains et les artistes ou par leurs ayants cause des *droits de propriété littéraire et artistique* (5), reconnus sur leurs œuvres durant leur vie entière et pour une période de cinquante ans après leur

(1) Art. 7, al. 1^{er}.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 55, p. 63 ; Hanus, n° 77, p. 92, n. 1 ; Simon, p. 60 et 61.

Bourges, 23 décembre 1896, A. D. C. 97, p. 212 et 213, n° 9.

(3) Pouillet, Propriété Littéraire, n° 313 bis, p. 355 et n° 347 sq., p. 384 sq.

(4) Loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 1^{er}.

(5) Sur les différents systèmes relatifs à la nature de ces droits eux-mêmes, cf. Palmade, n° 39 sq., p. 37 sq.

Adde : Colin et Capitant, I, p. 682 ; Planiol, I, n° 2545, p. 783.

mort (1) aux auteurs d'écrits en tous genres, compositeurs de musique, peintres et dessinateurs (2), architectes et statuaires (3), ainsi qu'à leurs héritiers et cessionnaires.

Les droits ayant ainsi fait l'objet, de la part des auteurs, d'aliénations plus ou moins étendues au profit du commerçant chargé d'éditer leurs œuvres, peuvent constituer l'élément principal de l'exploitation, en provoquant et en fixant les rapports commerciaux sur lesquels est fondée la prospérité de l'entreprise.

SECTION IV

LES LIVRES DE COMMERCE ET LA CORRESPONDANCE

Les livres constituent un instrument nécessaire de l'exploitation parce qu'ils contiennent toutes les indications permettant de connaître la nature des affaires, les noms et les habitudes des clients et des fournisseurs ; quand ils sont séparés du fonds, ce dernier en subit une dépréciation par suite de la gêne qu'éprouve l'exploitant dans l'entretien des rapports commerciaux ; et eux-mêmes perdent toute utilité et, par suite, toute valeur économique, la seule raison d'être de leur tenue étant, à ce point de vue, l'exercice du commerce. Aussi doivent-ils être considérés comme un élément du fonds (4), bien que la loi du 17 mars 1909

(1) Loi du 14 juillet 1866, art. 1^{er}, al. 1^{er}.

(2) Décret du 19 juillet 1793, art. 1^{er}.

(3) Loi du 11 mars 1902.

(4) Coirre, Rapport converti en délibération par la Chambre de Commerce de Paris le 2 mars 1904, B. C. C. de Paris 1904, p. 215.

Bordeaux, 25 avril 1910, D. 12. 2. 316 — ; Lyon, 16 avril 1886, confirmant Com. Lyon, 28 octobre 1883, P. F. 86. 2. 391 — ; Com. Nantes, 28 août 1915, J. C. M. de Nantes, 16. 1. 71 — ; Com. Havre, 3 janvier 1911, J. C. M. du Havre, 11. 1. 81.

Contra : Lordereau, p. 71 ; Montier et Faucon, n° 9, p. 137 ; Simon, p. 127 et 128.

Caen, 20 mai 1898, R. de Caen et de Rouen, 98. 2. 123 — ; Com. Le Havre, 10 janvier 1900, J. C. M. du Havre, 00. 1. 67.

garde, à leur égard, un silence dont le seul effet est de les exclure du nantissement.

Mais l'article 11 du Code de Commerce soulève une difficulté, en imposant à tous les commerçants la conservation pendant dix ans du livre-journal, du livre de copies de lettres et du livre des inventaires. Pour satisfaire à cette obligation, ils vont se trouver dans la nécessité, en transmettant le fonds à leurs successeurs, d'en détacher et de retenir ces livres, qui sont précisément les seuls dont la tenue est obligatoire. Peut-on, dès lors, admettre que les livres soient compris dans la notion juridique du fonds de commerce, bien qu'ils n'accompagnent pas les autres éléments au moment même où le nouvel exploitant en a le plus pressant besoin ? Et existe-t-il un moyen de remédier en sa faveur à cette fâcheuse situation ?

A ces questions, une partie de la doctrine et de la jurisprudence répondent négativement, s'appuyant en général sur l'article 11 du Code de Commerce et, parfois, sur un passage de l'exposé des motifs de la proposition de loi votée en 1909 (1).

Ce dernier argument ne paraît pas probant ; l'auteur du projet a simplement émis l'opinion qu'« ils ne doivent pas être compris dans le nantissement », ce qui est aujourd'hui incontestable, parce qu'« il est d'usage qu'en cas de cession du fonds, ils restent la propriété du cédant, intéressé à leur conservation pendant dix ans et tenu seulement à laisser le cessionnaire y puiser les renseignements qui peuvent lui être utiles » (2). Cet avis suggère, au contraire, une distinction entre les livres visés par l'article 11 du Code de Commerce et ceux dont la tenue est facultative. Ces derniers, parmi lesquels il faut comprendre surtout les factures et carnets d'adresses (3), sont incontestablement un élément du fonds de commerce ; ils doivent être

(1) Montier et Faucon, n° 9, p. 137.

(2) Cordelet, Proposition, J. O. 1905, Doc. Parl., Sénat, ann. 73, p. 154, 3^e colonne.

(3) Fialon, p. 23 et 24.

transmis avec lui au cas de cession (1) et l'ancien commerçant qui les retiendrait ou les détruirait, serait passible envers son successeur de dommages-intérêts (2). En revanche, l'usage seul des livres dont la conservation est imposée par le Code fait partie du fonds de commerce et, sauf stipulation contraire, appartient au nouvel exploitant. L'ancien commerçant n'a pas le droit de l'empêcher de les consulter sans contrevenir à son obligation de le faire profiter des relations de clientèle (3) ; mais il ne peut être forcé de s'en dessaisir (4).

Ces solutions, autrefois repoussées par la jurisprudence qui décidait que les livres continuaient à appartenir au vendeur du fonds (5) et les en excluait par le fait même, paraissent maintenant plus généralement acceptées ; en tout cas, si l'on se fonde sur l'intention présumée des parties pour décider, au cas de cession, à qui devront être remis les livres, aucun doute ne semble pouvoir s'élever : comme ils constituent un moyen d'exploiter, on ne peut prêter gratuitement au vendeur l'intention d'en priver l'acheteur, ni à ce dernier celle d'y renoncer tacitement.

Lé droit de recevoir la *correspondance commerciale* ainsi que les envois qui y peuvent être assimilés, communications téléphoniques, télégrammes et échantillons, adressés au siège de l'exploitation sans aucune mention ni indication personnelle, est généralement compris, à juste titre, dans

(1) Lyon, 16 avril 1886, P. F. 86. 2. 391 — ; Com. Nantes, 28 août 1915, J. C. M. de Nantes, 16 1. 71 — ; Com. Nantes, 1^{er} février 1902, J. C. M. de Nantes, 02. 1. 435.

(2) Cass. Req., 8 novembre 1892, Paris, 24 décembre 1890 et Seine, 18 mars 1890, D. 93. 1. 33. — S. 93. 1. 248, qui ne font aucune distinction entre les livres obligatoires et facultatifs.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 105, p. 116.
Comp. Hanus, n° 70, p. 83.

(4) Com. Nantes, 28 août 1915, J. C. M. de Nantes. 16. 1. 71 — ; Com. Nantes, 1^{er} février 1902, J. C. M. de Nantes, 02. 1. 435.

(5) Com. Havre, 10 janvier 1900, J. C. M. du Havre, 00. 1. 67 ; ce jugement donne cependant à l'acheteur le droit de se faire communiquer les livres.

la notion de fonds de commerce (1) ; ce droit, en assurant à l'exploitant le bénéfice des relations commerciales, accroît, en effet, les chances de profit et procure ainsi au fonds une véritable plus-value, tandis qu'il n'est d'aucun intérêt pour l'ancien commerçant qui a renoncé aux rapports avec la clientèle ; en outre, on peut présumer de façon à peu près certaine que l'intention du correspondant est bien plutôt d'entrer en relations avec le fonds qu'avec le commerçant.

Pour toutes ces raisons, le nouvel exploitant a le droit d'exiger que tous les envois lui soient remis, à charge de faire parvenir à son prédécesseur ceux qui lui seraient personnels.

*

**

Nous avons ainsi achevé l'examen des éléments dont l'incorporation au fonds de commerce ne présente pas de difficulté sérieuse.

Les biens qu'il nous reste maintenant à étudier en sont, au contraire, exclus en principe par la très grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence, sauf en ce qui concerne le droit au bail ; ils soulèvent, en outre, en particulier les obligations au sujet desquelles se sont surtout développées les controverses relatives à la nature juridique du fonds de commerce, les questions les plus délicates, soit que l'on se range à l'opinion générale, soit qu'on la repousse ; nous allons donc aborder les points les plus intéressants, mais aussi les plus embarrassants et les plus vivement débattus de notre première partie.

Les mêmes objets nous réserveront, d'ailleurs, encore dans les parties suivantes, de nouvelles difficultés.

(1) Boutaud et Chabrol, n° 138, p. 147 et n. 2 ; Lèbre, n° 65, p. 72 à 74 ; P. F. R., v° Concurrence déloyale, n°s 960 et 961.

Com. Marseille, 7 février 1911, J. C. M. de Marseille, 11. 1. 141 — ; Com. Bordeaux, 11 décembre 1905, J. C. M. de Bordeaux, 06. 1. 47 — ; et la Jurisprudence rapportée par Boutaud et Chabrol dans la note précitée.

SECTION V

LE DROIT A L'IMMEUBLE COMMERCIAL

Les récentes discussions auxquelles ont donné lieu les propositions de loi sur la propriété commerciale ont fait ressortir à la fois la plus-value procurée à l'immeuble par son affectation à l'exercice du commerce et l'importance que présente, dans l'économie du fonds, la disposition d'un local. L'on a été jusqu'à dire que « le fonds dépend absolument de la propriété immobilière » (1) et que « l'achalandage s'entend du plus ou moins de facilité à vendre » que donne la situation de l'immeuble » (2). Ces propositions sont exagérées : s'il est presque toujours nécessaire de disposer d'un local pour se livrer au commerce, le droit de l'occuper, souvent exercé à un autre titre que comme locataire (3), peut quelquefois être tout à fait secondaire dans la composition du fonds et susceptible d'en être séparé sans lui faire perdre toute sa valeur (4). Mais, d'une façon générale, le local fixe les relations commerciales, à l'établissement desquelles ses qualités et, en particulier, sa situation (5) concourent dans une mesure que révèle la dépréciation subie par le fonds de commerce quand il est transporté d'un immeuble dans un autre, une grande partie des relations commerciales se détachant du fonds pour rester fixées à l'emplacement achalandé (6).

L'article 13 de la loi du 17 mars 1909, rendant exigibles les créances inscrites au cas de déplacement du siège de

(1) J. O. 1919, Déb. Parl., Chambre, p. 956, 1^{re} colonne, M. Puech, président de la commission.

(2) Levasseur, Rapport, J. O. 1918, Doc. Parl., Chambre, annexe 5100, p. 1653, 1^{re} colonne.

(3) Cf. Gombeaux, p. 95.

(4) Com. Seine, 9 septembre 1902, J. F. 1903, p. 24 (motifs, p. 26).

(5) Cf. S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 377, M. Pouget.

(6) J. O. 1920, Déb. Parl., Sénat, p. 1771, 2^e colonne, M. Morand, rapporteur.

l'exploitation opérée volontairement (1) par le débiteur sans le consentement de ses créanciers, est fondée sur cette dépréciation possible (2) et contient, par suite, une reconnaissance légale de la solidarité qui unit le local aux autres éléments.

L'obligation imposée au commerçant locataire envers le bailleur de ne pas abandonner l'immeuble avant l'expiration de son bail est fondée sur la réaction qu'exerce sur la valeur de l'immeuble l'exploitation du fonds qui s'y trouve établi (3).

Il semblerait donc que le droit d'occuper l'immeuble, quelle qu'en soit la cause, devrait être sans difficulté rangé parmi les éléments du fonds de commerce ; pourtant, la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence établissent une distinction absolue selon que le commerçant en est propriétaire ou locataire.

§ I : *L'immeuble commercial, élément du fonds*

Le droit de propriété sur l'immeuble est presque unanimement exclu de la composition du fonds de commerce (4), tandis que tout le monde est d'accord pour admettre que le droit au bail du commerçant locataire y est compris.

Cependant, il n'existe aucun motif de penser que l'un est moins nécessaire, moins spécialement affecté que l'autre à l'exercice du commerce ; et si l'on admet que, dans une entreprise, le droit d'occuper les immeubles constitue, quand il résulte d'un contrat de louage, un accessoire utile

(1) Bouvier-Bangillon, L. N., 1909, n° 327, p. 469 et n° 335, p. 471.

(2) Arg. art. 13, al. 3.

Cf. infra p. 84 n. 1.

(3) Cass. Civ., 11 décembre 1918, R. G. P. 18 et 19. 1. 560 — ; Bordeaux, 23 juin 1910, J. A. de Bordeaux, 1910. 1. 349.

(4) Gombeaux, p. 230 à 232, p. 242 à 246 et p. 268 ; Hanus, n° 6, p. 11 ; Lyon-Caen et Renault, III, n°s 239 et 240, p. 192 ; Percerou, Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153 ; Thaller, Traité. Elém., n° 85, p. 68 ; Thibault, p. 43 ; Wahl, Note sous Pau, 6 novembre 1911, S. 13. 2. 193.

à l'exploitation et inséparable des autres éléments sans leur faire perdre et sans perdre lui-même une grande partie de sa valeur, il semble bien peu rationnel de décider que le même droit, exercé à titre de propriétaire, cesse de faire partie du fonds de commerce ; car il est évident qu'au point de vue économique le rôle de l'immeuble, parfois prépondérant, demeure le même à quelque titre qu'on l'occupe (1).

Certains auteurs l'ont bien senti : aussi, sans aller jusqu'à introduire l'immeuble lui-même dans la notion juridique, admettent-ils que son « affectation à l'entreprise » entre dans la composition du fonds (2).

La concession ainsi faite à la réalité semble, d'ailleurs, purement spéculative ; elle explique simplement comment, en théorie, l'usage de l'immeuble, lorsque le commerçant en est propriétaire, vient par interprétation de sa volonté prendre place dans le fonds de commerce et en constituer un élément qui, dans la construction juridique, correspond au droit au bail ; mais elle se heurte à la principale objection soulevée contre l'incorporation de l'immeuble au fonds, savoir que ce dernier ne peut comprendre que des éléments mobiliers ; elle ne produit aucun effet pratique si l'on n'admet pas la transmission de cet « usage des locaux » à ceux qui ont acquis sur le fonds de commerce des droits réels, tandis que, dans le cas contraire, son application soulève des difficultés insurmontables lorsqu'il

(1) On a dit qu'un immeuble pouvait être nécessaire à l'exploitation, mais jamais tel immeuble déterminé, et l'on a cherché une preuve à l'appui de cette affirmation dans l'article 13 de la loi du 17 mars 1909, prévoyant le déplacement du fonds de commerce.

(Wahl, Note sous Pau, 6 novembre 1911, S. 13. 2. 193, p. 194, 1^{re} colonne).

Cette disposition paraît cependant bien plutôt tendre à prouver que ce n'est pas un immeuble quelconque, mais l'immeuble affecté au commerce qui est indispensable à l'exploitation sous peine de voir le fonds perdre sa valeur, puisqu'elle prévoit le déplacement seulement pour interdire, sous des sanctions sévères, au commerçant débiteur de l'effectuer à l'insu de ses créanciers.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 49, p. 56 et n. 2 ; Duvignau, p. 27.

s'agit de déterminer la durée et l'étendue du droit qui leur est reconnu.

En allant, au contraire, jusqu'au bout, on met « le droit « en harmonie avec les faits » (1), puisque l'immeuble constitue un élément nécessaire de l'exploitation (2) et qu'il est l'objet, dans ses rapports avec les autres éléments, du même phénomène de réaction de valeur dont l'existence est constatée par tous ; l'on évite aussi la dépréciation et les difficultés d'exploitation provoquées par le démembrement du fonds de commerce dont les inconvénients apparaissent à chaque mutation. L'acquéreur à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou à cause de mort de la propriété ou de l'usufruit, le locataire peuvent alors prétendre sur l'immeuble le même droit qu'ils possèdent sur les autres éléments, sauf manifestation d'une volonté clairement exprimée de l'en séparer (3). Les créanciers commerciaux conservent leur gage intact ; il serait même dans l'esprit de la loi du 17 mars 1909 de leur accorder le droit de demander (4), par analogie avec les dispositions des articles 15 et 20, que l'immeuble soit vendu quand il y a lieu à réalisation globale des éléments mobiliers, de façon à pouvoir être réuni à ces derniers entre les mains du même acqué-

(1) Cf. Magnin, A. D. C. 1900, p. 28, n. 1.

(2) Pau, 6 novembre 1911, D. 12. 2. 375 (Motifs, p. 376, 2^e colonne) — S. 13. 2. 193.

(3) Dans la clause, fréquemment insérée au contrat de mariage dans certaines régions (Cf. infra p. 153), qui permet au survivant de conserver, si bon lui semble, en pleine propriété ou en usufruit le fonds de commerce exploité soit par les époux en commun, soit par l'un d'eux au décès du prémourant, la prédominance de la doctrine qui exclut l'immeuble de la notion du fonds de commerce oblige à prévoir l'hypothèse où l'exploitation serait établie dans un immeuble appartenant à la communauté ou propre à l'époux prédécédé ; le survivant pourra alors exiger qu'un bail lui soit consenti pour trois, six ou neuf années à son choix (clause extraite d'un contrat de mariage passé à Orléans le 9 septembre 1919, qui nous a été obligeamment communiqué par notre confrère, M. Trasbot).

Mais cet expédient ne fait qu'ajourner le démembrement du fonds de commerce.

(4) Comp. Hanus, n° 63, p. 73.

reur, afin d'éviter la dépréciation du fonds de commerce tout entier et en particulier de l'élément immobilier, toujours le plus stable, en vue duquel ils peuvent avoir été amenés à traiter. Quand des poursuites de saisie-exécution seraient exercées contre lui, le commerçant pourrait user de la même faculté.

En revanche, l'incorporation de l'immeuble au fonds de commerce ne présente certainement pas, ainsi qu'on l'a dit (1), l'avantage d'éviter le concours sur l'immeuble commercial de ceux qui ont acquis des droits sur la partie immobilière du patrimoine du commerçant ou sur l'immeuble isolément et de ceux qui ont à en faire valoir sur l'ensemble des biens affectés au commerce. Pour réaliser cet avantage, il faudrait admettre que la destination commerciale, en faisant entrer l'immeuble dans la composition du fonds, lui fait perdre sa nature immobilière pour prendre le caractère mobilier des autres éléments (2). Mais cette conséquence, inadmissible pour le matériel immobilisé par destination (3), paraît plus inacceptable encore quand il s'agit d'un immeuble par nature : la volonté individuelle est impuissante à modifier la classification des biens imposée par la loi (4) lorsque, surtout, elle correspond à la nature même des choses. Aussi, en dehors d'un texte, la mobilisation par destination commerciale doit-elle être repoussée (5).

Il en doit être de même de l'immobilisation par destination des éléments incorporels du fonds de commerce établi dans un immeuble appartenant au commerçant, solution inverse qui constituerait un autre moyen d'éviter le conflit des droits frappant l'immeuble à la fois comme bien isolé

(1) Magnin, A. D. C. 1900, p. 28, n. 1.

(2) Montpellier, 29 novembre 1897, sous Cass. Civ., 15 mai 1899, D. 99. 1. 353 (Motifs du 2^e arrêt, p. 357, 1^{re} colonne).

(3) Cf. supra p. 62.

(4) Valéry, Note sous Lyon, 17 février 1900, D. 03. 2. 249 (p. 251, 1^{re} colonne).

(5) Nantet, p. 34 et 35.

et comme partie du fonds de commerce en faisant, cette fois, absorber le fonds par l'immeuble. Le silence de l'article 524 du Code civil, qui vise seulement les objets corporels, ne permet pas de l'admettre ; on l'a reconnu à juste titre (1).

Si l'on accepte l'incorporation de l'immeuble au fonds, le conflit ne peut donc être écarté ; mais il peut être résolu conformément aux règles de la préférence en matière immobilière : les mutations et constitutions de droits sur un fonds de commerce comprenant un immeuble feront l'objet de transcription ou d'inscription, toutes les fois que l'une de ces formalités s'imposerait s'il s'agissait de l'immeuble pris isolément, et l'ordre de préférence sera le même. Comme certains autres éléments dont les mutations donnaient lieu antérieurement à la loi du 17 mars 1909 à des formalités particulières y sont restés soumis (2), de même les immeubles doivent, nous semble-t-il, demeurer régis par leurs règles propres, qui viennent s'ajouter à celles que cette loi a édictées pour l'ensemble du fonds (3).

La théorie que nous venons de développer réunit contre elle, il convient de le reconnaître, la presque unanimité de la doctrine et de la jurisprudence qui lui opposent une série d'objections.

Un immeuble, dit-on d'abord, ne peut pas être l'accessoire d'un meuble.

Cette proposition reste exacte si l'on entend par là qu'il ne peut pas être ameublé ; seulement, l'incorporation de l'immeuble au fonds de commerce ne produit pas fata-

(1) Boutaud et Chabrol, n° 50, p. 58 ; Magnin, A. D. C. 1900, p. 28, n. 1 ; Nantet, p. 35 à 37 ; Simon, p. 18 et 19.

Mais ce dernier auteur (p. 21), ainsi que Lavalette-Simon (p. 87 à 94) appellent une reconnaissance législative de l'immobilisation du fonds de commerce.

(2) Art. 24, alinéas 3 et 4.

(3) Cendrier, n° 74, p. 31 et 32.

Cf. Simon, p. 128 et 129.

lement cette conséquence, que nous avons, d'ailleurs, déjà répudiée et qui procède de l'idée que le fonds constitue une universalité exclusivement mobilière et que tous les biens qui peuvent s'y trouver englobés, doivent forcément revêtir la nature de meubles (1), idée trop rigide car, s'il est vrai qu'en fait le fonds de commerce comporte souvent uniquement des éléments mobiliers et qu'ils en forment presque toujours la partie la plus importante, aucun principe ne s'oppose à ce qu'il puisse comprendre des biens immobiliers ; et il ne paraît pas y avoir de nécessité absolue à classer l'universalité qu'il constitue dans la catégorie des immeubles ou des meubles.

La même proposition cesse d'être exacte lorsqu'elle exprime et maintient la conception traditionnelle, aujourd'hui périmée, qui posait en axiome que, dans un ensemble de biens tant immobiliers que mobiliers, l'immeuble est toujours le principal et le meuble, l'accessoire. Cette conception, qui ne répond plus à la réalité actuelle, semble pouvoir être abandonnée dans tous les cas où la loi n'a pas formellement fondé sur elle une règle positive absolue ; car, dans l'économie générale, l'importance des immeubles va sans cesse décroissant (2). Dans l'économie particulière du fonds de commerce, la prépondérance de l'immeuble apparaît radicalement contraire aux faits (3) ; jamais un commerçant n'exploite un fonds dans un immeuble dont il est ou se rend propriétaire afin de mettre cet immeuble en valeur ; il utilise ou acquiert, au contraire, l'immeuble en vue de l'exercice du commerce. L'exercice du commerce constitue le but commun, créant entre tous les éléments une affinité à laquelle les immeubles n'échappent pas davantage que les biens mobiliers.

Des brèches ont, d'ailleurs, été déjà faites au principe

(1) C'est cependant ce que l'on paraît souvent considérer comme certain ; cf. en particulier, Hanus, n° 6, p. 11 et n° 63, p. 72.

(2) Cf. Cendrier, n° 73, p. 30 et 31.

(3) Cf. cependant D. R. P., v° Communauté entre époux, n° 41 *in fine*.

suivant lequel le fonds de commerce ne peut comprendre que des meubles. On reconnaît très généralement que le matériel immobilisé en fait partie, sans pour cela perdre le caractère qu'il tient de l'article 524 du Code Civil (1) ; mais alors pourquoi ne pas faire un pas de plus et y incorporer l'immeuble par nature, lorsqu'il réunit les mêmes conditions d'affectation commerciale, et comment justifier ce traitement différent et arrêter l'extension normale de la notion du fonds de commerce ? On y fait entrer aussi l'usage, l'affectation à l'entreprise de l'immeuble commercial (2) ; c'est encore là un bien de nature immobilière ; quel est, dès lors, l'avantage de cette théorie qui, soulevant des complications beaucoup plus grandes que l'incorporation pure et simple de l'immeuble, prête le flanc aux mêmes critiques ?

La loi du 17 mars 1909 est également invoquée par ceux qui poursuivent l'exclusion de l'immeuble (3) ; il est vrai qu'elle interdit implicitement de le comprendre dans le nantissement (4). Nulle part, en revanche, le texte ne donne une énumération limitative des éléments du fonds qui en écarte l'immeuble ; celle de l'article 9, alinéa 1^{er}, la plus complète, n'a certainement pas ce caractère en dehors de la matière spéciale que ce texte régit, puisqu'elle omet les marchandises qui y sont ailleurs englobées.

Seuls, les articles de la loi opposant aux éléments incorporels le matériel et les marchandises, sans mentionner l'immeuble, pourraient fournir une sérieuse présomption de la volonté du législateur (5) ; mais cette objection semble bien affaiblie si l'on observe que, dans ces disposi-

(1) Cf. supra p. 64 et la n. 3 et p. 66 et la n. 3.

Tous les auteurs qui règlent l'ordre de préférence entre le créancier gagiste et le créancier hypothécaire d'après la date des inscriptions, admettent implicitement l'incorporation au fonds de commerce du matériel immobilisé.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 49, p. 56 et n. 2 ; Duvignau, p. 27.

(3) Montier et Faucon, n° 6, p. 136 et n° 39, p. 153 et 154.

(4) Art. 9, al. 1^{er}

(5) Cf. en particulier : art. 1^{er}, al. 3 et 4 et art. 24, al. 3.

tions, il a eu seulement pour but de régler l'exercice des privilèges et que son intention, à laquelle a, d'ailleurs, assez mal répondu son œuvre, était de ne pas innover sur ce point en matière immobilière. Son silence n'empêche donc pas de considérer l'immeuble comme compris dans la vente, même s'il n'y est pas énuméré, quand il constitue en fait un élément du fonds de commerce.

Enfin, l'argument tiré du droit fiscal (1) qui, au cas de mutation d'un fonds comprenant un immeuble, applique à ce dernier un taux du droit d'enregistrement différent de celui qui est perçu sur la valeur des éléments mobiliers, ne paraît pas plus probant (2). Le tarif est basé sur la nature mobilière ou immobilière des biens que l'affectation au commerce est impuissante à modifier, mais qui, d'autre part, est sans influence sur elle.

La pratique commerciale n'est pas, en général, favorable à l'incorporation de l'immeuble ; au moment où la loi de 1909 était en préparation, ceux même qui donnaient la plus large extension à la notion du fonds de commerce le passaient sous silence (3) ; ils se plaçaient, il est vrai, uniquement au point de vue du nantissement, dans lequel personne ne songeait à le comprendre et dont ils cherchaient à restreindre l'étendue, et les délibérations qui ont précédé le vote de la loi semblent confirmer que l'on pensait seulement l'écarter du nantissement (4).

Partout ailleurs, il est conforme aux intérêts de tous de voir l'immeuble, instrument nécessaire à l'exploitation, lié aux autres parties du fonds et l'idée qu'il en fait partie est

(1) Percerou, Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153 ; Thaller, Traité Elém., n° 85, p. 68.

(2) Le matériel immobilisé par destination paie le tarif immobilier bien qu'il fasse partie du fonds de commerce et qu'il ait fait l'objet d'une estimation article par article.

Cf. Cendrier, n° 548, p. 340.

(3) Coirre, Rapport converti en délibération, B. C. C. de Paris, 1904, p. 245.

(4) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 231 ; S. E. L., Projet de la commission, B. S. E. L. 1903, p. 260, art. 2, al. 3.

maintenant adoptée par certains auteurs et par quelques arrêts (1).

Nous pensons avec eux que l'immeuble commercial doit suivre le sort du fonds de commerce à condition que les parties intéressées n'aient pas clairement manifesté la volonté de l'en détacher et que cette volonté ne puisse pas être présumée avec certitude, à condition aussi qu'un obstacle légal ne s'oppose pas, comme au cas de nantissement, à son incorporation, pourvu qu'il présente bien la destination caractéristique des éléments affectés à l'exercice du commerce.

C'est là une question de fait, dont la réunion de certaines circonstances, qu'accompagne normalement la réaction de valeur caractéristique, facilitera l'appréciation.

L'affectation doit être reconnue, d'abord, lorsque l'immeuble a été construit et aménagé spécialement en vue de l'exploitation et qu'il ne peut recevoir aucun autre emploi sans subir de transformations essentielles (2). Il fait alors partie du fonds de commerce par une sorte de destination commerciale, procédant d'un phénomène comparable à celui que prévoit l'article 524 du Code Civil. Mais, tandis que par une fiction de la loi la destination immobilière modifie le classement naturel des biens, il ne se produit ici aucun effet analogue qui dépasserait les pouvoirs de la volonté individuelle et serait le plus souvent inutile pour atteindre le but poursuivi, assurer l'intégrité du fonds de commerce.

Plus largement, l'affectation nous paraît exister quand un immeuble, ou une partie d'un immeuble nettement dis-

(1) Cendrier, n° 73, p. 30 et 31 ; Magnier et Pruvost, n° 25, p. 56 et 57 et n° 31, p. 63 et 64.

Pau, 6 novembre 1911, D. 12. 2. 375 — S. 13. 2. 193 — ; Montpellier, 29 novembre 1897, sous Cass. Civ., 15 mai 1899, D. 99. 1. 353 — ; Paris, 24 décembre 1888, D. S. v° Vente, n° 301.

Adde Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153 (motifs, p. 155, 1^{re} colonne).

Comp. Magnin, A. D. C. 1900, p. 28, n. 1 ; Valéry, Note sous Lyon, 17 février 1900, D. 03. 2. 249 (p. 251, 1^{re} colonne).

(2) Magnin, A. D. C. 1900, p. 28, n. 1.

tincte, sans avoir reçu d'aménagement spécial, est consacré à l'exercice du commerce et constitue en fait un élément utile à l'exploitation.

Mais elle doit être écartée si l'immeuble, par hypothèse la maison d'habitation du négociant, ne présente pas avec les éléments du fonds la communauté de destination susceptible de provoquer leur plus-value respective ; et il en est ainsi même lorsqu'apparaît la volonté d'englober l'immeuble dans la masse des biens consacrés à l'exercice du commerce, lorsque, par exemple, il est compris dans l'inventaire ou fait sur les livres l'objet d'un amortissement régulier (1) ; car alors l'intention de donner l'affectation commerciale s'est exercée sur un objet qui ne peut la recevoir et lui faire produire ses effets.

Contrairement aux marchandises et au matériel, l'immeuble n'est pas, en principe, envisagé dans sa valeur ; son identité est prise en considération parce qu'il constitue l'élément le plus stable du fonds et, surtout, parce que sa situation présente le plus souvent une grande importance au point de vue du groupement de l'achalandage ; cependant, il n'est que la partie d'un tout qui pourrait survivre à sa disparition et demeurer identique à lui-même malgré les transformations et même les substitutions dont l'immeuble pourrait être l'objet. L'étude de l'usufruit offrira une occasion de dégager quelques-unes des conséquences de cette idée (2).

§ II : *Le droit au bail*

Ce paragraphe devrait se placer dans la section consacrée à l'étude des obligations envisagées comme élément du fonds de commerce, où l'on aura l'occasion d'examiner la nature juridique du droit au bail (3). Il a été maintenu

(1) Contra : Montpellier, 23 novembre 1897, sous Cass. Civ., 15 mai 1899. D. 99. 1. 353 (Motifs, p. 357, 1^{re} colonne).

(2) Cf. en particulier infra p. 240 sq. et p. 308 à 310.

(3) Cf. infra p. 104 sq.

ici, seulement pour faire mieux ressortir l'idée que le droit du commerçant propriétaire et celui du commerçant locataire sur l'immeuble ne sont que les deux formes du même élément du fonds de commerce, pour opposer le traitement différent réservé à ces deux droits par la grande majorité de la doctrine et de la jurisprudence, enfin, pour mettre en relief l'importance reconnue par la loi elle-même au droit au bail, détaché des autres obligations.

On est unanime à reconnaître que le droit de jouir du local commercial en vertu d'un contrat de location, qui assure la stabilité de l'établissement dans un lieu, pour une durée et à des conditions déterminés, est compris dans l'ensemble des biens constituant le fonds de commerce (1) ; consacrée dès avant le vote de la loi du 1^{er} mars 1898 par la jurisprudence, qui décidait en particulier que la remise du bail au créancier gagiste constituait une des formalités nécessaires à l'établissement du nantissement (2), cette opinion a été confirmée par la loi du 17 mars 1909, qui classe le droit au bail parmi les éléments soumis de plein droit, à défaut de la manifestation d'une intention contraire, au privilège du vendeur (3) ou compris dans le nantissement (4) ; le nouveau projet l'adopte également en dépit de la rédaction incorrecte d'une de ses dispositions qui, considérée isolément, donnerait à penser que le bail, au cas de cession, accompagne le fonds, mais n'en fait pas partie (5).

La jurisprudence a eu souvent l'occasion d'appliquer l'idée que le droit au bail constitue un élément du fonds, en reconnaissant, en particulier, la compétence de la juridiction commerciale pour juger les contestations relatives à une location d'immeuble pouvant être considérée comme

(1) Boufaud et Chabrol, n° 49, p. 56.

(2) Com. Seine, 15 janvier 1895 et Paris, 26 février 1895, S. 97. 2. 89.

(3) Art. 1^{er}, al. 2.

(4) Art. 9, al. 3.

(5) Art. 1^{er}, al. 2. : « Bail cédé avec le fonds ».

J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832. Fleury-Ravarin, Rapport, p. 90.

l'accessoire d'un fonds de commerce (1) et en décidant que la vente du fonds implique, sauf stipulation contraire, cession du bail (2) et qu'elle doit être annulée au cas de refus du propriétaire de l'immeuble de consentir au transport à l'acheteur du contrat de location (3) et au cas de déclaration par le vendeur, d'un bail d'une durée supérieure à sa durée réelle (4).

Cette dernière solution amène l'observation que le droit au bail, tout en représentant un élément de stabilité, parce qu'il assure l'avenir de l'exploitation, est, comme plusieurs autres biens incorporels affectés au commerce, limité dans sa durée. Sa valeur, très variable, va diminuant sans cesse au point de devenir nulle et de disparaître à l'époque où expire la location (5). Ce caractère soulève, au cas d'usufruit, une difficulté que nous aurons à examiner (6).

(1) Cass. Req., 29 janvier 1883, S. 85. 1. 482.

Com. Saint-Etienne paru au M. J. de Lyon du 26 novembre 1897, rapporté sans sa date : A. D. C. 1898, n° 4, p. 2.

(2) Com. Nantes, 5 août 1916, J. C. M. de Nantes, 17. 1. 57 (p. 60).

(3) Com. Marseille, 23 novembre 1906 et Aix, 10 mai 1907, J. C. M. de Marseille, 07. 1. 309.

Il est à noter que l'obligation imposée au commerçant locataire par son contrat d'obtenir, pour céder le bail ou sous-louer, le consentement exprès et par écrit du bailleur ne donne pas à ce dernier le droit de refuser sans raison l'acquéreur du fonds, cessionnaire ou sous-locataire, qui lui est présenté, rendant ainsi à son gré le fonds de commerce irréalisable. Une application de ce principe a été faite récemment par la cour de Paris qui a refusé à un bailleur le droit d'interdire, en vertu d'une pareille clause, au syndic de la faillite du locataire le droit de comprendre le bail, comme élément du fonds, dans l'adjudication : Paris, 29 janvier 1921, J. F. 21, p. 189.

(4) Com. Nantes, 9 novembre 1918, J. C. M. de Nantes, 19. 1. 56 — ; Com. de Marseille, 24 avril 1914, J. C. M. de Marseille, 14. 1. 302.

(5) Cf. proposition de loi sur la Propriété Commerciale, J. O. 1919, Déb. Parl., Chambre, p. 883, 3^e colonne, M. Lefebvre du Préy; Morand, Rapport, J. O. 1920, Doc. Parl., Sénat, ann. 262, p. 251, 3^e colonne ; J. O. 1920, Déb. Parl., Sénat, p. 1791, 1^{re} colonne, M. Jeneuvrier.

(6) Cf. infra p. 248 et 249.

SECTION VI

LES OBLIGATIONS

Des obligations actives et passives se trouvent presque toujours comprises dans une entreprise commerciale envisagée à un moment déterminé ; mais les auteurs discutent, sans arriver à se mettre d'accord, sur le point de savoir si elles font partie du fonds de commerce ou, plutôt, de déterminer quelles sont celles qui en font partie ; et la jurisprudence ne parvient pas davantage à donner à cette question une réponse satisfaisante et absolument unanime.

Ces difficultés ont pour origine, comme la plupart de celles que nous avons eu déjà l'occasion de signaler, le défaut d'harmonie entre la notion juridique et la notion économique du fonds de commerce, le législateur s'étant contenté de modifier ou de compléter sur des points spéciaux les anciens textes qui, dans leur ensemble, sont restés absolument étrangers à l'évolution moderne de ce bien nouveau. C'est ainsi qu'en présence du problème qui nous occupe, un dilemme paraît se poser entre les deux termes duquel on s'est efforcé de prendre parti : ou bien écarter toutes les obligations ; mais la notion juridique formée selon cette règle rigoureusement appliquée aboutit à la négation de l'existence du fonds de commerce qui cesse d'être viable ; et si, reculant devant ce résultat, on conserve le principe en y consentant seulement quelques exceptions, elles introduisent dans le système autant de contradictions inadmissibles ; — ou bien tenter d'incorporer les créances et les dettes au fonds de commerce, pour en faire un patrimoine autonome ; alors les principales difficultés pratiques disparaissent, mais on se trouve entraîné à des conséquences absolument inconciliables avec les principes actuels du droit et même avec certaines solutions apportées par des lois récentes.

Cependant, il semble que l'on pourrait, dès maintenant, découvrir un moyen terme. C'est dans ce sens que nous dirigerons nos recherches, sans d'ailleurs penser que la solution que nous proposerons puisse être autre chose qu'un procédé provisoire, permettant peut-être de rapprocher l'une de l'autre les notions juridique et économique du fonds de commerce.

§ I : *Critique de la théorie excluant les obligations du fonds de commerce*

La jurisprudence et la doctrine sont actuellement à peu près d'accord pour ne point les comprendre dans sa composition (1). Nous montrerons successivement les raisons pratiques et les motifs d'ordre juridique qui nous empêchent d'accepter leur théorie, ces derniers pouvant être répartis en deux groupes, suivant qu'ils se rattachent aux exceptions que l'opinion courante a dû admettre au principe qu'elle posait, ou à l'analyse des phénomènes de subrogation réelle qui se produisent dans le fonds de commerce. Cet exposé nous donnera l'occasion de faire ressortir les liens de dépendance réciproque qui unissent au fonds les créances et les dettes.

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740, n. 5 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 380, n. 2 ; Boutaud et Chabrol, n° 57, p. 65 et n° 66, p. 76 ; Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 11, p. 342 et 343 ; Catalan, p. 43 sq. ; Cendrier, n° 63, p. 22 ; Duvignau, n° VI, p. 31 ; Fialon, p. 23 ; Gombeaux, p. 68, 241 et 268 ; Lacour, I, n° 134, p. 86 ; Laurent, VI, n° 419, p. 529 à 531 ; Lèbre, n° 2, p. 2 et 3 ; Lordereau, p. 16 à 19 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 245 bis, p. 196 à 198 ; Lyon-Caen et Renault, Manuel, n° 432, p. 339 ; Montier et Faucon, n° 9, p. 137 ; Mouchet, p. 30 et 61 ; Olivier, p. 152 ; Péliissier, n° 12, p. 8 ; Robert, Note sous Paris, 23 mars 1900, D. 01. 2. 97 (p. 100, 2^e colonne). ; Saleilles, A. D. C. 1890, II, n° 33 et 34, p. 32 à 35 ; Simon, p. 26 à 29 ; Thaller, Traité Elém., n°s 87 et 89, p. 69 et 70 ; Thibault, n° 2, p. 42 et 43 ; Wahl, Note sous Paris, 26 février 1895, S. 97. 2. 89.

Lyon, 31 octobre 1889, A. D. C. 90, I, p. 47 — ; Avesnes, 1^{er} juillet 1908, J. F. 08, p. 459 — ; Com. Flers, 15 mai 1900, D. 01. 2. 97 (p. 102) — ; Com. Seine, 1^{er} décembre 1886, J. F. 87, p. 85.

1) *Inconvénients pratiques :*

Les inconvénients du système se manifestent chaque fois que l'exploitation change de mains ; ce ne sont pas seulement l'ancien et le nouveau commerçant qui en ressentent les effets, mais aussi, surtout peut-être, les tiers, créanciers commerciaux (fournisseurs ou clients) et membres du personnel. Aussi le système est-il susceptible de graves répercussions économiques.

L'exclusion des obligations sépare la dette de son gage : c'est là le premier et le principal reproche que l'on peut lui adresser.

Pour en bien juger, il faut examiner la situation des créanciers commerciaux avant la loi de 1909.

Le fonds constitue toujours une fraction importante, sinon la partie principale, du patrimoine du commerçant (1), qu'il s'agisse d'un petit commerce ou d'une grosse affaire. Dans l'un et l'autre cas, les créanciers commerciaux accordent le plus souvent leur crédit à la valeur économique, plutôt qu'à la personne qu'ils ne connaissent pas (2) ; la meilleure preuve en est que, le commerçant retiré des affaires, ils restent en relations avec son successeur, tant il est vrai que leur intention est de traiter avec l'exploitant anonyme, avec la « maison » ; d'ailleurs, même quand ils connaissent le débiteur et ont contracté avec lui en considération de ses qualités professionnelles et de son honorabilité, le fonds n'en demeure pas moins leur garantie principale et la raison déterminante de leur confiance. En outre, ils contribuent eux-mêmes directement à renforcer la valeur de leur gage, par exemple, comme le vendeur de marchandises, en y introduisant des éléments nouveaux.

(1) Gazin, p. 144 et 145.

(2) Mouchet, p. 29.

Comp. en ce qui concerne l'évolution moderne qui tend à voir dans l'obligation la valeur économique et à diminuer l'importance de la personne, Gaudemet, p. 537 ; Saleilles, A. D. C. 1899, p. 91, A. D. C. 1890, n° 2, p. 2, et Théorie générale de l'Obligation, n° 80, p. 71.

A ce double point de vue, leur situation est profondément différente de celle des créanciers civils ; nous aurons à revenir sur ce point (1).

Survienne une mutation du fonds de commerce, tous les éléments qui représentent une valeur positive passent au nouvel exploitant tandis que les obligations demeurent fixées sur la tête de l'ancien. Le maintien dans son patrimoine des droits de créance, qu'il conserve seuls de tout l'actif commercial, n'est pas pour améliorer beaucoup sa situation ; la valeur de la plupart d'entre eux, principalement des marchés à recevoir et des contrats de louage de services, se trouve bien diminuée par leur distraction de l'ensemble des biens affectés au commerce. Ils subissent la dépréciation caractéristique en perdant le contact des éléments du fonds. Alors les créanciers commerciaux, qui ont traité avec le commerçant quand il se trouvait à la tête de l'exploitation, voient leur situation se transformer brusquement à leur préjudice (2) ; s'ils n'ont pas pris la précaution d'exiger une sûreté réelle, leur garantie leur échappe et ils restent en face de la personne d'un débiteur qui demeure tenu de ses engagements, mais a été dépouillé des moyens de les remplir. Le vendeur de marchandises, pour reprendre le même exemple, qui a consenti un terme de paiement, ne peut plus exercer de recours que contre l'ancien commerçant, cependant que les marchandises qu'il a livrées profitent au nouvel exploitant et échappent définitivement à ses poursuites, puisqu'elles ont cessé d'être en la possession de son débiteur (3).

Cet inconvénient se présentait surtout au cas de cession entre vifs à titre onéreux. Deux voies se présentaient pour y parer : ou bien faire entrer les obligations actives et passives dans la composition du fonds de commerce et les déclarer transférées d'office à l'acquéreur, afin d'éviter

(1) Cf. infra p. 122.

(2) Magnin, A. D. C. 1899, n° 11, p. 470 et 471 ; Gaudemet, p. 419 à 421.

(3) Art. 2102-4° C. Civ.

la séparation de la dette et de son gage dont l'expérience avait démontré le danger ; ou bien permettre simplement aux créanciers du cédant d'exercer, pendant un certain délai, une opposition sur le prix ; alors la dette était bien séparée du gage, mais on assurait aux créanciers leur paiement sur le prix qui en représentait l'équivalent (1).

Ce second procédé, introduit par la pratique avant la loi de 1909 (2), est d'une efficacité douteuse, car la publicité peut échapper aux créanciers, et surtout fort insuffisant, puisqu'il ne vise que les cas où il y a un prix.

Toutes les fois que la mutation se produit à cause de mort ou qu'elle a lieu entre vifs à titre gratuit, les créanciers sont désarmés, ne trouvant pas d'objet sur lequel ils puissent faire valoir leurs droits.

Il ne permet pas non plus de recevoir ce qui leur est dû à ceux dont la créance ne tend pas à obtenir le paiement d'une somme d'argent, mais l'accomplissement d'un fait, tel qu'une façon à donner à des matières premières, ou l'exécution d'une prestation, telle qu'une fourniture de marchandises. Comment, en effet, l'ancien commerçant (ou ses ayants cause universels) ayant cessé son exploitation, serait-il en mesure, sans local, sans matériel, sans marchandises et sans pouvoir d'user des droits attachés au fonds de commerce, de faire face à ses engagements ? Quel que soit l'objet de la créance, il est impossible d'obtenir de lui par ce procédé autre chose que des dommages-intérêts, tandis que le nouvel exploitant, ayant en sa possession la garantie des créanciers et le moyen d'exécuter, n'y peut pas être forcé. Il leur reste seulement la ressource, si la mutation s'est produite par un acte rendant possible l'exercice de l'action paulienne, d'en demander l'annulation quand les conditions de l'article 1167 du Code Civil se trouvent réunies.

(1) Gaudemet, p. 419 à 422..

(2) Sur cet usage, qui n'a plus qu'un intérêt rétrospectif, cf. Boutaud et Chabrol, n° 172 à 177, p. 187 à 194, avec la jurisprudence et les auteurs cités.

Cependant, c'est ce procédé médiocre que la loi du 17 mars 1909 est venue consacrer pour le cas de vente (1), paraissant ainsi se ranger à l'opinion générale qui exclut les dettes du fonds de commerce. Nous aurons à examiner la valeur des arguments qu'elle lui fournit (2).

L'exclusion des obligations paralyse, en outre, l'exploitation. C'est principalement l'exclusion des traités avec le personnel et des marchés à recevoir et à livrer qui produit cette nouvelle conséquence fâcheuse, lorsque le fonds de commerce change de mains. Les employés liés par un contrat de louage de services avec le commerçant ne sont pas engagés envers son successeur ; de même, les fournisseurs ayant passé avec lui un marché pour la livraison de marchandises ne sont pas tenus de l'exécuter à l'égard du nouvel exploitant.

Que l'on se représente alors la situation de ce dernier vis-à-vis du public : le concours d'un personnel expérimenté, qui, dans certaines branches du commerce, peut être l'élément principal du succès (3), lui fait défaut et il voit le stock des marchandises, qui a cessé d'être alimenté par les contrats antérieurs, s'épuiser, en attendant que les nouveaux marchés de fournitures, qu'il a dû passer à la hâte, reçoivent leur effet. Il en résulte pour lui une gêne considérable, qui se traduit par une dépréciation du fonds de commerce.

L'embarras de l'ancien commerçant n'est, d'ailleurs, pas inférieur au sien : il reste tenu, d'une part, d'effectuer les livraisons aux clients, alors qu'il n'est plus en mesure de le faire, puisque le stock des marchandises ou les instruments de fabrication ne lui appartiennent plus ; il demeure obligé, d'autre part, de recevoir les livraisons des fournisseurs, qui avaient passé avec lui des marchés non encore exécutés, alors qu'il n'a plus la disposition des magasins,

(1) Art. 3 sq.

(2) Cf. infra p. 130 sq.

(3) Cf. Bordeaux, 23 juillet 1906, J. C. M. de Bordeaux, 06. 1. 277.

ni l'usage du matériel, ni l'emploi des marchandises, car il doit s'abstenir de tout acte de concurrence envers son successeur.

A l'égard du personnel, la situation de l'ancien et du nouveau commerçant est aussi fâcheuse : tandis que leur intérêt commun bien entendu, celui des employés eux-mêmes et celui du commerce en général exigeraient que le personnel demeure attaché au fonds, il reste lié envers l'ancien commerçant, qui n'a plus le droit de l'utiliser, tandis que le nouveau, qui a besoin de ses services, peut en profiter seulement après entente avec son prédécesseur.

Celui-ci est, il est vrai, incité à consentir à la cession de tous les contrats par la menace qui pèse sur lui de se voir réclamer des dommages-intérêts pour inexécution et des indemnités de licenciement ; mais une solution qui réaliserait d'office une transmission de l'actif et du passif, serait bien préférable (1) à celle qui laisse à la volonté concordante des intéressés le soin de l'opérer, leur accord, souhaitable pour tous, étant souvent bien difficile à réaliser ; pourtant, il n'existe pas pratiquement d'autre moyen de sortir de la situation créée par l'exclusion des créances et des dettes de la notion juridique du fonds de commerce.

Ces inconvénients peuvent être beaucoup plus graves si, au lieu de se placer dans l'hypothèse de la mutation d'un fonds de commerce tel qu'il se présente en général, on considère certains cas particuliers, celui par exemple d'une maison de banque ou d'un portefeuille d'assurances ; la séparation des obligations actives et passives aboutirait fatalement alors à la destruction absolue du fonds. C'est pourquoi ces espèces ont dû faire l'objet d'exceptions à la règle admise en principe ; nous les retrouverons bientôt (2).

En revanche, il est incontestable qu'il peut exister des hypothèses exceptionnelles dans lesquelles les obligations n'offrent que peu d'importance et se présentent, dans leur

(1) Cf. Gaudemet, p. 419 à 421.

(2) Cf. infra p. 114.

ensemble, plutôt comme le résultat de l'exploitation que comme un moyen de l'assurer.

Ce dernier caractère a beaucoup frappé certains auteurs qui semblent le considérer comme commun à toutes les créances et à toutes les dettes nées au cours de l'exploitation commerciale. Ils s'en sont servi pour les éliminer indistinctement de la notion du fonds de commerce, dans laquelle ils prétendent ne comprendre que ce qui sert d'« appui » à l'exercice du commerce, à l'exclusion de ce qui en résulte (1).

Mais il paraît impossible de prétendre que le contrat de louage de services, le traité écartant ou limitant une concurrence dangereuse sont simplement le résultat de l'exploitation ; ils en apparaissent, au contraire, comme la base, car ce n'est pas le développement de l'entreprise qui a amené le commerçant à les passer, mais bien plutôt leur conclusion heureuse qui a entraîné la prospérité du fonds de commerce. Quant aux obligations découlant des marchés à recevoir et à livrer, elles sont à la fois une conséquence de l'exploitation et une cause de son succès. Les deux aspects sous lesquels elles se présentent semblent aussi importants l'un que l'autre et méritent également de n'être pas négligés.

Pour obvier aux inconvénients que présente, à ce second point de vue, l'exclusion des obligations, il est possible d'en faire l'objet d'une cession plus ou moins étendue intervenant à côté de la mutation de l'ensemble des biens affectés au commerce, mais cet expédient, d'ailleurs toujours insuffisant, n'est utilisable que lorsque le fonds est transmis par un contrat dont les parties subordonnent la conclusion à un transfert concomitant de l'actif et du passif.

Au contraire, lorsqu'aucune convention n'intervient, ce palliatif devient d'un emploi absolument impossible. Il en est ainsi au cas de legs : dans l'opinion généralement

(1) Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 4 à 6, p. 339 à 344 ; Fialon, p. 23.

admise, le légataire du fonds de commerce, entravé dans son exploitation par la privation des obligations commerciales qui se sont fixées sur la tête de l'héritier, n'a d'autre ressource que de s'adresser à ce dernier pour en obtenir la cession. Si, par hypothèse, et pour quelque motif que ce soit, le légataire voit sa demande repoussée, il reste à la tête d'un fonds de commerce amputé d'éléments peut-être indispensables à son exploitation.

La conséquence est particulièrement fâcheuse lorsque la propriété est démembrée : l'usufruitier éprouve à son entrée en jouissance les inconvénients de l'exclusion des obligations ; et quand, lorsqu'il est parvenu à reprendre une exploitation normale par la conclusion de nouvelles conventions, son droit prend fin, il demeure chargé des obligations qu'il a dû contracter, tandis que le nu-propriétaire se trouve, à son tour, dans l'embarras pour en être privé. Dans tous les cas d'usufruit légal, la situation est la même à défaut d'entente entre le précédent propriétaire ou ses héritiers et l'usufruitier pour une attribution à ce dernier de toutes les obligations commerciales dans le but de ne point les séparer du fonds. Si cette entente n'intervient pas, l'usufruitier légal peut se trouver placé dans l'impossibilité d'exploiter, d'autant plus grave pour lui qu'elle compromet l'accomplissement de l'obligation de conserver et de restituer la chose, dont il est tenu.

Ces inconvénients pratiques étaient tels pour certaines obligations que l'on a été forcé d'apporter en leur faveur des exceptions à la règle, sous peine de la voir devenir destructrice du fonds de commerce tout entier. Simplement signalées ici pour montrer que l'impossibilité pratique d'éliminer toutes les obligations a dû être reconnue, ces exceptions vont être maintenant examinées en détail et l'on montrera les arguments juridiques qu'elles apportent en faveur d'une notion plus large du fonds de commerce.

2) *Exceptions au principe de l'exclusion des obligations:*

Les brèches pratiquées à la théorie de la séparation des obligations actives et passives et des autres éléments ne présentent pas toutes la même importance ; celles qui s'étendent à toutes les entreprises, quelle qu'en soit la nature, fournissent des arguments plus probants que celles qui sont limitées à certaines exploitations d'un genre particulier.

Le droit au bail, nous l'avons vu, est unanimement considéré comme un élément du fonds de commerce (1) ; nous n'avons pas l'intention d'y revenir, mais seulement de montrer qu'il n'est autre chose que l'une de ces obligations exclues du même fonds de commerce dans un accord presque aussi unanime, bien que les mêmes raisons existent de réserver à beaucoup d'entre elles un traitement aussi favorable.

Considéré du point de vue du commerçant, qui nous intéresse ici, le droit au bail consiste, d'une part, dans une créance contre le propriétaire de l'immeuble, tendant à obtenir que le local soit maintenu à sa disposition dans les mêmes conditions de jouissance qui avaient été faites à son prédécesseur, locataire originaire, et, d'autre part, dans une dette envers le même propriétaire, permettant à ce dernier d'exiger le paiement des loyers et l'accomplissement des engagements accessoires stipulés à son profit. Si l'on néglige l'opinion isolée de ceux qui considèrent comme réel le droit du preneur dans le contrat de louage, c'est donc bien une obligation ou plutôt deux obligations corrélatives, l'une active consistant dans le droit d'exiger du bailleur qu'il procure la jouissance, l'autre passive imposant au preneur de fournir la contre-prestation promise (2), qui sont transmises, avec le fonds de commerce, à tous ceux qui en ont successivement la propriété, la jouissance ou l'usufruit.

(1) Cf. supra p. 93 et 94.

(2) Cendrier, n° 176, p. 96.

Il y a là un exemple certain d'une obligation constituant un élément du fonds de commerce, élément essentiel, ajoutent même quelques-uns, et cet exemple se présente dans les conditions les plus défavorables pour organiser la transmission du rapport juridique de l'ancien au nouveau propriétaire, puisqu'il s'agit d'un droit mélangé d'obligation (1) ; aussi peut-il servir à prouver que l'incorporation d'autres rapports juridiques plus simples, ou même analogues, au fonds de commerce dont ils suivraient le sort, n'offre pas d'impossibilité absolue (2).

On conçoit mal pourquoi l'incorporation d'un contrat de location de matériel ou d'une convention de louage de services présenterait des difficultés plus grandes que celle du droit au bail de l'immeuble. Dans un cas comme dans l'autre, les mêmes solutions peuvent être données : s'il y a eu legs du fonds de commerce, le légataire aurait le droit d'exiger que le propriétaire du matériel loué le maintienne à sa disposition ou que l'employé continue ses services pour le temps et dans les conditions où ils s'y étaient engagés envers le précédent propriétaire, leur co-contratant ; et eux, d'autre part, tout en conservant leur créance contre ce dernier, pourraient exiger du légataire qu'il paie le loyer ou le salaire convenu.

Il n'existe donc aucune raison théorique d'exclure les obligations résultant de contrats synallagmatiques de la composition du fonds de commerce si l'on admet que le droit au bail en constitue un élément.

Se plaçant alors sur le terrain des faits, les partisans de l'opinion généralement acceptée peuvent objecter que, pratiquement, le droit au bail est essentiel, ce qui a forcé la décision du législateur, tandis que les autres obligations ne sont généralement pas indispensables à l'exploitation.

Sans nier l'importance du droit au bail que nous affir-

(1) Hue, *Cession des Créances*, I, n° 217, p. 311, et *Commentaire*, X, n° 207, p. 276 et 277.

(2) Cf. Catalan, p. 232 à 234.

Contra, en ce qui concerne du moins les obligations passives : Mouchet, p. 57 à 59.

mons ailleurs (1), on peut soutenir qu'il n'est pas essentiel ; d'ailleurs, la plupart des auteurs remarquent que son rôle est bien moindre dans le commerce de gros que dans le commerce de détail ; ils ajoutent même que, s'il venait à manquer, le fonds perdrait une grande partie de sa valeur (2) : il ne disparaîtrait donc pas.

En outre, il est aisé de montrer que certaines obligations peuvent présenter la même importance. Dans les affaires, par exemple, où il est d'usage d'opérer à terme sur échantillons, c'est l'ensemble des marchés à recevoir et à livrer, pouvant s'étendre sur de longues périodes, qui forme l'élément principal ; qu'un semblable fonds fasse l'objet d'un legs, dans l'opinion générale, les obligations qui en résultent restent fixées sur la tête de l'héritier, tandis que le légataire reçoit avec le droit au bail, qui ne présente dans la circonstance qu'un intérêt insignifiant, d'autres éléments, tous secondaires. L'impossibilité où il se trouve alors placé de tenir les marchés et l'arrêt dans l'exploitation qui résulte de la nécessité de conclure de nouveaux contrats et d'attendre leur échéance pour pouvoir lui-même livrer, peuvent entraîner l'interruption des rapports commerciaux. Le fonds subit ainsi une dépréciation qui dépasse de beaucoup la valeur des obligations passées dans le patrimoine de l'héritier et, du reste, inutilisables pour ce dernier.

L'obligation exclue du fonds de commerce peut présenter avec le droit au bail, que l'on est unanime à y incorporer, une analogie frappante : il en est ainsi lorsqu'un commerçant crée dans un local qu'il a loué et garni d'un matériel également pris en location, mais d'un autre propriétaire, une salle qu'il offre au public pour y organiser des réunions. Si le fonds de commerce ainsi constitué est l'objet d'un legs sans aucune disposition spéciale concernant sa composition, le légataire conservera le local, mais ne pourra invoquer le droit du testateur envers le propriétaire du matériel dont, en revanche, l'héritier gardera le droit de se

(1) Cf. supra p. 35 à 37 et infra p. 142 et 143.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 49, p. 57.

servir. Que le légataire se trouve dans l'impossibilité de remplacer ce matériel, il devra cesser l'exploitation. La contradiction apparaît ici flagrante : de deux rapports juridiques de même nature, résultant de deux contrats identiques et également indispensables pour assurer l'existence du fonds, puisque l'un procure le local et l'autre, le matériel, sans lesquels le commerce ne peut s'exercer, le premier seul fait partie du fonds et est transmis avec lui. Cette solution semble d'autant plus inadmissible que si le matériel était la propriété du commerçant il deviendrait un élément du fonds de commerce.

Si l'on pousse plus loin l'examen des droits qui concourent à l'exploitation commerciale, portant, d'une part, sur les immeubles et, d'autre part, sur les meubles, on en arrive à cette constatation étrange que, dans l'opinion générale, le droit de propriété de l'immeuble commercial ne constitue pas un élément du fonds de commerce, tandis que le droit au bail du même immeuble, tenu en location, en est un (1), et qu'au contraire le droit de propriété du matériel y est incorporé (2), tandis que le droit sur ce même matériel, résultant d'un contrat de louage, en est exclu.

En somme, le droit au bail qui constitue un rapport d'obligation, est unanimement considéré comme élément du fonds de commerce, alors que les autres obligations en sont, en principe, éliminées ; cette exception ne se justifie, au point de vue juridique, par aucune différence expliquant une pareille inégalité de traitement ; tout au plus peut-elle invoquer, au point de vue pratique, une importance plus générale du droit au bail dans la composition des fonds de commerce ; mais cette justification se trouve singulièrement affaiblie par le fait que l'exception n'est pas absolument isolée ; d'autres rapports juridiques, à coup sûr secondaires, les uns parce qu'ils ne se présentent que dans certains fonds peu nombreux, les autres parce que, se ren-

(1) Cf. supra p. 87 sq. et 93.

(2) Cf. supra p. 54.

contrant dans la plupart des fonds, ils ne sont pas du tout nécessaires à leur fonctionnement régulier, sont également considérés comme en faisant partie.

L'énumération de ces rapports va corroborer l'argument tiré de l'incorporation au fonds de commerce du droit au bail, qui nous semble une manifestation du fâcheux esprit de généralisation qui a faussé toute la théorie du fonds de commerce, en entraînant à ne considérer jamais qu'un fonds de commerce type dans une matière où la diversité est la règle.

L'engagement de ne pas se rétablir, pris soit par un pré-décèsseur ou par un tiers, soit envers eux, est encore une obligation personnelle classée parmi les éléments du fonds de commerce ; cette solution a été consacrée par la jurisprudence dans des cas très différents où l'engagement, que nous entendons au sens le plus large de ne pas faire acte de concurrence, apparaît tantôt comme une obligation passive à la charge de l'exploitant, tantôt comme une obligation active qu'il peut faire valoir contre un concurrent.

Comme appartenant au premier groupe, on peut citer l'obligation contractée envers le propriétaire de l'immeuble par le commerçant de n'établir son industrie, s'il vient à quitter le local loué, qu'à une distance minima pendant un certain délai (1), l'engagement tacitement imposé au cessionnaire d'un fonds comprenant deux branches de commerce distinctes, par le fait seul que le cédant s'est réservé l'une d'entre elles, de s'abstenir de tout acte de commerce entrant dans la sphère d'activité ainsi réservée (2).

Comme faisant partie du second groupe, on rencontre la promesse consentie par un tiers de ne pas se rétablir (3)

(1) Aix, 1^{er} février 1873, D. 74. 5. 309, v^o Liberté du Commerce, n^o 3.

(2) Angers, 20 juin 1888, A. D. C., 88, I, p. 231.

(3) Cass. Req., 18 mai 1868, D. 69, 1. 366 — ; Lyon, 6 avril 1892, S. 93, 2. 219 — ; Com. Bordeaux, 4 février 1901, J. C. M. de Bordeaux,

ou d'apporter une limitation à l'exercice de son industrie (1), l'interdiction faite à un employé par le contrat de louage de services de se livrer, à l'expiration de son engagement, aux mêmes opérations commerciales soit pour son compte personnel, soit au service d'un concurrent (2).

Dans toutes ces hypothèses, la jurisprudence décide que l'obligation contractée par le commerçant passe, au cas de transmission du fonds de commerce, à tous ses successeurs qui sont tenus de l'exécuter et qu'à l'inverse, le droit de créance né sur sa tête profite à tous les exploitants successifs. Ces solutions se justifient généralement par l'idée que, dans l'intention des parties au contrat d'où l'obligation tire son origine, elle a bien plutôt été contractée à la charge ou en faveur du fonds que de la personne du commerçant (3). La promesse ou la stipulation ont été faites pour lui et pour ses successeurs, que la jurisprudence considère même dans la circonstance comme ses ayants cause.

Cette nouvelle exception au principe de l'exclusion des obligations est justifiée par l'importance pratique primordiale que l'on attribue au lien de droit qui en fait l'objet ; mais le motif invoqué pour en rendre compte peut à plus forte raison s'appliquer aux rapports juridiques qui présentent une utilité beaucoup plus pressante encore en vue d'une exploitation normale.

Il convient, en outre, de relever la contradiction entre les arrêts qui considèrent comme un élément du fonds l'engagement pris par un employé de ne pas faire concurrence (4)

01. 4. 151 — ; Com. Saint-Etienne, 27 décembre 1899, M. J. de Lyon, 8 janvier 1900 — A. D. C. 00, n° 8, p. 92 et 93.

(1) Paris, 13 novembre 1883, D. S. v° Industrie-Commerce, n° 418 — S. 84. 2. 40.

(2) Cass. Req., 5 juillet 1865, D. 65. 4. 425 — ; Paris, 29 juillet 1903, R. G. P. 03. 2. Tables, v° Vente commerciale, n° 40 — ; Paris, 23 juin 1882, D. S., v° Industrie-Commerce, n° 422 (3).

(3) Comp. Catalan (p. 51 et 52), qui admet la même idée pour certains contrats.

(4) Cass. Req., 5 juillet 1865, D. 65. 4. 425 — ; Paris, 29 juillet 1903,

et l'opinion dominante qui en exclut les autres obligations résultant du contrat de louage de services ; ainsi, une obligation accessoire suit, isolée, le sort du fonds de commerce, tandis que les obligations principales, nées de la même convention génératrice de rapports de droit réciproques, en sont détachées.

Toutes ces décisions, il est vrai, sont antérieures à la loi du 17 mars 1909 ; mais elles ne devraient pas être modifiées par cette loi qui, nous le verrons (1), ne limite la composition du fonds de commerce que dans des cas particuliers et n'interdit pas à l'intention des parties de lui donner une extension plus ou moins grande ; bien plus, on pourrait montrer qu'elle leur donne une base juridique plus solide : le commerçant qui cède son fonds se trouve obligé de faire profiter son successeur des rapports commerciaux établis avec le public et la transmission des engagements dont il s'agit constitue précisément un des moyens qui s'offrent à lui d'accomplir son obligation, en plaçant son successeur, vis-à-vis de la clientèle, dans la situation où il se trouvait lui-même.

L'obligation de verser à la caisse d'une institution de prévoyance, prévue par la loi du 27 décembre 1895, fournit encore un argument utile. Au cas où un établissement commercial change de mains, cette loi permet aux employés d'exiger la restitution des retenues opérées sur leurs salaires, des versements que le chef d'entreprise a reçu d'eux et des sommes qu'il a lui-même promises, lorsque les fonds n'ont pas reçu l'emploi prévu par les statuts ; mais ce droit tombe si le cessionnaire se charge de l'obligation d'effectuer les versements à la caisse au « lieu et place du cédant » (2), sans que les employés puissent s'opposer à ce transfert de dette qui a lieu par le seul consentement du nouveau débiteur.

R. G. P. 1903, 2, Tables, v° Vente commerciale, n° 40 — ; Paris, 23 juin 1882, D. S., v° Industrie-Commerce, n° 122 (3).

(1) Cf. infra p. 130 sq.

(2) Loi du 27 décembre 1895, art 1^{er}, al. 4.

Cette disposition ne fait pas de l'obligation du chef d'entreprise un élément du fonds de commerce, puisqu'elle exige, au contraire, pour que le nouveau propriétaire en soit chargé, un consentement spécial qui, d'ailleurs, peut être tacite ; à ce point de vue, elle corroborerait plutôt la théorie de l'exclusion des obligations.

Mais elle est intéressante parce qu'elle présente un véritable cas de transport de dette à titre particulier, réalisé sans l'intervention des créanciers ; si le législateur l'a admis (1), c'est qu'il a considéré que leur intérêt était de voir une obligation née de l'exercice du commerce et dont le fonds constituait le gage, n'en pas être détachée. Elle consacre donc, sur un point spécial, l'argumentation présentée au début de ce chapitre sur l'inconvénient qu'offre la séparation du fonds de commerce et des obligations qu'il garantit. Elle fait, en outre, une application et marque même une extension de l'idée déjà ébauchée par la jurisprudence qu'aucun principe absolu ne s'oppose à ce que le transport de dette se réalise avant toute intervention du créancier et lui devienne opposable tant qu'il « ne porte » pas atteinte aux droits qui résultent pour lui de la créance « primitive » (2). Par ces deux points, l'article 1^{er} de la loi du 27 décembre 1895 peut apporter une contribution à la critique de la théorie actuellement la plus répandue, dont l'un des arguments consiste dans la prétendue impossibilité de concevoir et de réaliser un transfert des dettes.

• *Les marchés à recevoir et à livrer* ont été parfois compris par la jurisprudence dans la composition du fonds de commerce : plusieurs arrêts de la Cour de Cassation considèrent, au cas de cession, les obligations résultant des mar-

(1) Thézard, Rapport, J. O. 1893, Doc. Parl., Sénat, ann. 36, p. 51, 3^e colonne : « En cas de cession, à moins que le cessionnaire ne se charge des engagements pris, il y a pareillement une résolution du contrat. »

S'il s'en charge, le contrat subsiste donc et la dette est transportée sur sa tête.

(2) Gaudemet, p. 407.

chés comme transmises à l'acquéreur avec le fonds lui-même, en dehors de toute convention particulière les y englobant formellement (1). Ils exigent seulement que ce résultat apparaisse conforme à l'intention des parties et décident qu'il en est ainsi lorsque les marchés forment une part importante de l'actif et que la cession du fonds peut s'interpréter comme s'étendant à ce dernier.

Il est intéressant de voir apparaître ici l'idée que la composition du fonds de commerce est avant tout fixée par la réalité économique et que si l'observation des faits montre que les obligations en constituent réellement un élément et si l'intention des parties de les en exclure malgré tout ne s'est point manifestée, elles doivent y demeurer comprises. Cette idée nous semble devoir être la base de la construction juridique de la notion moderne du fonds de commerce. La jurisprudence en présente encore d'autres applications.

Les engagements des artistes de théâtre sont généralement regardés comme un élément des entreprises théâtrales (2) ; l'exploitant peut changer, l'acteur reste tenu envers son successeur qui, de son côté, doit respecter les termes du contrat. Cette solution traditionnellement admise peut se justifier par la considération que l'engagement, contracté bien plutôt avec l'entreprise qu'avec l'entrepreneur (3), doit s'interpréter comme contenant une stipulation pour autrui en faveur du successeur de ce dernier (4). Mais on conçoit mal pourquoi l'on accepte, dans cette hypothèse, la transmission avec le fonds d'un contrat de louage

(1) Cass. Civ., 10 mai 1897, D. 98. 1. 73 — ; Cass. Req., 16 avril 1872, D. 73. 1. 73 — ; Toulouse, 30 avril 1913, R. G. P. 13. 2. 49 (p. 53, 2^e colonne).

(2) Catalan, p. 221 à 223 ; P. F. R., v^o Acteurs, n^o 618.

(3) D. R., v^o Théâtre-Spectacle, n^o 237 à 240.
Paris, 8 juillet 1882 et Seine, 6 octobre 1880, D. 83. 2. 93 — ; Seine, 8 décembre 1888, R. G. P. 88. 2. 642.

(4) Hue., Cession des Créances, I, n^o 218, p. 313 et 314 ; Commentaire, X, n^o 208, p. 277 et 278.

de services, alors qu'on refuse de le faire dans bien d'autres cas où les mêmes raisons pratiques et la même explication seraient cependant valables (1).

Les contrats de louage de services sont transmis au successeur, au cas de cession, par la loi du 22 novembre 1918 (2) non plus dans certaines entreprises, mais dans toutes, lorsque les employés ou ouvriers remplissent des conditions déterminées.

L'article 1^{er}, alinéa 1^{er}, oblige « les administrations, « offices, entreprises publiques et privées » à reprendre le personnel démobilisé qui leur était attaché par un contrat de louage antérieurement à sa mobilisation ; cette obligation est imposée à l'entreprise et non à l'employeur puisqu'il est spécifié qu'elle cesse « uniquement » dans des cas limitativement déterminés (3), parmi lesquels ne se trouve point compris le changement de la personne de l'exploitant ; le fonds de commerce peut donc être vendu, le successeur sera de plein droit substitué au cédant dans ses obligations envers l'employé (4).

Bien plus, le but assigné par le rapporteur à la loi nouvelle « de maintenir le contrat de travail dans les conditions où il était établi avant la guerre », rapproché de son adhésion (5) à la modification du texte proposée par M. Moutet, qui a rendu limitative l'énumération des cas de

(1) On a même été plus loin et on a décidé que la nouvelle direction d'un théâtre est tenue d'exécuter toutes les conventions passées avec l'ancienne direction, par exemple de respecter le droit de vente exclusive accordé à des journaux sous le péristyle et dans la salle. Paris, 22 mars 1850, D. R., v° Théâtre-Spectacle, n° 239.

Contra : Cass. Req., 16 juillet 1889, D. 90. 1. 440. — S. 92. 1. 119.

(2) J. O. du 24 novembre 1918, p. 10120, 2^e colonne.

(3) Art. 1^{er}, al. 2.

(4) Lalou, Note sous Cass. Civ., 20 avril 1920, D. 20. 1. 109 (2^e colonne) et sous Com. Chartres, 6 juin 1919, D. 19. 2. 25 (p. 27, 1^{re} et 2^e colonnes) ; Wahl, R. T. 1918, n° 874, p. 634 et 635.

Cass. Req., 1^{er} juillet 1920, D. 20. 1. 109 (p. 110, 1^{re} colonne) — ; Com. Chartres, 6 juin 1919, D. 19. 2. 25 (7^e espèce, p. 33, 2^e colonne).

(5) J. O. 1918, Déb. Parl., Chambre, p. 3020, 2^e colonne.

rupture sans y comprendre la vente du fonds de commerce, implique acceptation de l'idée que, suivant le droit commun, le contrat de louage de services n'est pas rompu par la cession de l'entreprise. On relevait déjà dans la jurisprudence quelques applications de cette idée (1) et un auteur avait justement proposé de les expliquer par une stipulation pour autrui, faite par l'exploitant en faveur de son successeur à la conclusion du contrat de louage de services (2).

Les obligations actives et passives des maisons de banque et des portefeuilles d'assurances, enfin, sont reconnues pour un élément de ces fonds de commerce. Cette solution, déjà adoptée par le droit romain (3), puis par le droit moderne en ce qui concerne les banques (4), longtemps discutée, mais enfin admise pour les portefeuilles d'assurances (5), s'impose absolument ; si l'on séparait des autres éléments, pour les premières, l'actif et le passif, pour les secondes, les créances de primes et les dettes d'indemnités, le fonds de commerce serait détruit, ces obligations en constituant l'essence, et l'intention évidente des parties se trouverait violée (6). C'est pourquoi la transmission du fonds de com-

(1) Paris, 4 août 1896, D. 97. 2. 476.

(2) Planiol, Note sous Paris 4 août 1896, D. 97, 2. 476 (p. 477, 1^{re} colonne).

(3) Les jurisconsultes romains s'étaient rendu compte que les obligations actives et passives forment un élément tellement indispensable de la « mensa argentaria » que rien ne subsisterait si elles en étaient détachées ; aussi décidaient-ils qu'au cas de legs ou de vente elles passent au légataire ou à l'acquéreur, investis de plein droit des créances et obligés aux dettes. (Pap., Dig. XXXI. 77. 16 ; Ulp., Dig. XIV. 4. 5. 18).

(4) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740, n. 5 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, Des Biens, n° 583, p. 380, n. 2 ; Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 40, p. 342 et 343 ; Laurent, VI, n° 419, p. 529 à 531.

(5) Catalan, p. 423 ; Labbé, Note sous Douai, 19 novembre 1879, S. 82. 2. 1 ; Rossy, n° 103 et 104, p. 270 à 277.

Cass. Req., 17 novembre 1886 S. 88. 1. 378 — ; Cass. Req., 26 juin 1883 — D. 84. 1. 155 — S. 86. 1. 359.

(6) Catalan, p. 234 à 236.

merce opère en ce cas *ipso facto* la transmission des créances et des dettes (1).

Il n'en est pas moins vrai qu'il y a là au principe une exception nouvelle et plus générale que les précédentes, puisqu'au lieu d'être limitée à quelques-unes d'entre les obligations, elle s'étend à l'actif et au passif tout entiers.

Pourtant, si la banque ou le portefeuille d'assurances présentent en fait une composition un peu particulière, ils ne sont point d'une nature différente de celle des autres fonds de commerce ; rien ne vient lever pour eux les difficultés qui, ailleurs, s'opposeraient insurmontables à l'incorporation des obligations.

En réalité, cette exception, comme les précédentes, n'a été admise que sous la pression des nécessités pratiques, la règle générale conçue *a priori* devenant d'une application impossible ; mais cette impossibilité même n'en porte-t-elle pas la condamnation et doit-on maintenir, dans une matière où la diversité est la règle caractéristique, un principe qui, prétendant les régir tous, ne s'adapte d'une manière absolue à aucun cas particulier ? Nous serons en mesure de répondre à cette question après avoir examiné si ce principe n'est pas, en outre, inconciliable avec les phénomènes de subrogation qui se produisent dans l'ensemble des biens affectés au commerce.

3) *Exclusion des obligations et subrogation réelle :*

La majorité de la doctrine et de la jurisprudence, dont la loi de 1909 est venue consacrer l'opinion, admettent que les marchandises achetées pour reconstituer les réserves que les ventes épuiseraient, prennent la place des marchandises vendues et que le fonds demeure identique à lui-même, quand bien même, par hypothèse, le stock en formerait

(1) Et, réciproquement, la transmission des créances et des dettes est considérée comme une véritable cession de fonds de commerce, tombant sous le coup de la loi du 28 février 1872 pour l'enregistrement : Cass. Req., 3 juillet 1905, P. F. 06. 6. 16.

l'élément principal et aurait été renouvelé tout entier (1). On applique également cette théorie au matériel (2).

Mais cette substitution ne se réalise pas immédiatement. Les marchandises nouvelles n'entrent pas dans l'ensemble des biens affectés au commerce par voie d'échange direct contre les marchandises aliénées ; celles-ci font l'objet d'une vente et celles-là, d'un achat.

Si ces opérations indépendantes sont réalisées en accordant le bénéfice d'un terme de paiement au client ou d'un terme de livraison au fournisseur, si, pour préciser l'hypothèse, le commerçant vend ses marchandises livrables de suite et payables à terme ou s'il en achète de nouvelles qu'il paye immédiatement, mais ne doit recevoir que dans un délai déterminé, il existe, soit dans la période qui sépare la livraison des premières de leur paiement, soit dans celle qui s'écoule entre le paiement et la réception des secondes, deux créances ; l'une consiste dans le droit d'exiger le paiement du prix de vente, l'autre, dans le droit de réclamer la livraison des marchandises achetées. Suivant l'opinion générale, le fonds comprendra avant la vente les marchandises anciennes et après la réception les marchandises nouvelles, mais non point dans l'intervalle la créance qui, pourtant, en représente la contre-valeur.

Ce résultat est-il en harmonie avec les faits et conforme à l'intention des parties ou du législateur ? Dans la négative, est-il impossible de l'éviter ?

Nous avons vu que les marchandises ne sont jamais envisagées dans leur individualité (3). Le stock qui, dans chaque cas particulier, présente une valeur moyenne déterminée, se trouve à chaque moment de l'exploitation modifié dans sa consistance ; mais la contre-partie des diminutions qu'il subit par suite des aliénations se trouve dans la créance du prix resté dû et dans le droit d'obtenir livraison des marchandises acquises.

(1) Cf. supra p. 51 sq.

(2) Cf. supra p. 55 et 56.

(3) Cf. supra p. 45.

Ces obligations tendent à reconstituer le fonds de commerce dans sa composition normale et il est absolument contraire à la réalité économique de les en séparer.

Ce n'est pas en opposition moins certaine avec la volonté des parties ou de la loi toutes les fois que la théorie de la subrogation trouve occasion de s'appliquer, c'est-à-dire lorsque la masse des biens affectés au commerce doit être conservée. Leur intention est alors de maintenir la valeur normale du fonds et d'assurer ainsi l'accomplissement du but, l'exercice du droit ou l'efficacité de la revendication portant sur tous les biens qui, substitués à ceux qui s'y trouvaient primitivement compris, ont reçu la même affectation économique.

Un exemple tiré de la théorie de l'usufruit va permettre de s'en convaincre : l'usufruitier d'un fonds de commerce est soumis à l'obligation de restituer, qui lui est imposée par la loi, à laquelle se joint, au cas d'usufruit conventionnel, l'intention du constituant ; quand l'usufruit s'éteint alors que le stock se trouve au complet, le nu-propriétaire reprend en cette qualité non seulement les marchandises qui peuvent subsister et dont il est demeuré propriétaire, mais en outre les marchandises nouvelles dont il est devenu propriétaire à leur entrée dans la composition du fonds de commerce ; au contraire, lorsque l'usufruit prend fin à un moment où le stock a disparu par l'effet des ventes et où, seules, existent les créances tendant à obtenir le paiement du prix resté dû et la livraison des marchandises achetées en emploi et non encore reçues, dans l'opinion générale, le nu-propriétaire ne peut rien revendiquer ; il a seulement le droit, comme créancier, de réclamer à l'usufruitier des dommages-intérêts pour inexécution de son obligation de restituer. Mais dans l'exercice de cette action purement personnelle, il vient en concours avec les autres créanciers ; si l'usufruitier est insolvable il subit donc, malgré son droit réel, la diminution de valeur du fonds de commerce.

Ainsi, tandis que dans le premier cas il retrouve sa chose complète, dans le second elle lui est rendue mutilée,

alors que la contre-valeur des éléments aliénés existe et y est économiquement comprise. Cette différence de traitement est contraire au vœu de la loi ou du constituant, qui avait établi sur le fonds de commerce un simple droit de jouissance afin d'en assurer la conservation, tandis que l'incorporation au fonds de commerce des obligations, qui ne sont que des valeurs intermédiaires prenant leur place entre les marchandises aliénées et les marchandises acquises en remploi, y correspond pleinement (1).

Cette dernière conception est, en outre, absolument conforme aux idées admises actuellement sur la subrogation, dont on est d'accord pour appliquer les effets à la substitution dans un ensemble de biens affectés à un usage déterminé de sa contre-valeur au bien disparu (2) ; elle ne soulève aucune objection toutes les fois que l'affectation au commerce, que produit la subrogation en conférant à la chose acquise la qualité de la chose aliénée, se réalise dans des conditions voulues soit par la loi, soit par les parties sans opposition de la loi.

Une application de ces idées avait été faite sous l'empire de la législation de 1898 au nantissement du fonds de commerce ; on proposait d'admettre que le privilège du créancier gagiste s'exerçât, les marchandises ayant été vendues, sur la créance du prix resté dû (3) ; possible alors parce qu'aucune limitation du gage à certains éléments n'avait encore eu lieu, cette application ne saurait être acceptée depuis la promulgation de la loi du 17 mars 1909, dont l'article 9 exclut du nantissement et les marchandises, et les créances (4).

De même, la subrogation de la créance de leur prix aux

(1) Comp. Henry, p. 384.

(2) Henry, p. 375 à 377 ; Planiol, III, n° 922, p. 68, n. 1 ; Saleilles Note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94. 2. 185 (p. 187, 2^e et 3^e colonnes).

(3) Demogue, R. C. 1901, p. 300 ; Wahl, Note sous Paris, 14 mars 1900, S. 01. 2. 153 (p. 157, 1^{re} colonne).

Contra : Simon, p. 193.

(4) Comp. cependant Rouen, 14 novembre 1908, D. 11. 2. 313 et la note de M. Percerou (p. 314, 2^e colonne, a.).

marchandises ou au matériel vendus, comme objet du privilège du vendeur d'un fonds de commerce, ne pourrait plus être admise, en dehors d'une volonté formellement exprimée, parce que l'article 1^{er} restreint le privilège aux éléments énumérés dans la vente et l'inscription et, à défaut de désignation précise, n'y soumet que quatre d'entre eux qu'il cite. Quand bien même les marchandises et le matériel seraient donc énumérés dans la vente, la subrogation de la créance ne pourrait avoir lieu du moment qu'elle manquerait elle-même à l'énumération.

Ce sont là des cas dans lesquels, le législateur ayant exprimé sa volonté, l'interprète n'est pas autorisé à prêter aux parties une intention contraire ; mais, partout ailleurs, du moment qu'elles sont considérées avoir accepté la subrogation des éléments acquis en remploi aux éléments aliénés, il faut admettre qu'elles ont également voulu la subrogation à ces derniers des créances, qui en constituent la contre-valeur intermédiaire.

*
**

Ainsi, le principe de l'exclusion des obligations, presque unanimement accepté, subit, sous la pression des nécessités pratiques, des exceptions nombreuses qui le ruinent ; d'autre part, il paraît incompatible avec l'idée du maintien du fonds de commerce par substitution des biens acquis aux biens disparus. Pour tous ces motifs, il ne nous semble pas satisfaisant (1) et nous pensons que les obligations actives et passives doivent être comprises dans la notion du fonds de commerce, mais ce n'est pas à dire que nous acceptons la théorie extrême qui lui est opposée.

(1) Comp. Thaller, *Traité Elém.* n° 87 à 89, p. 69 et 70.

§ II : Critique de la théorie du fonds de commerce, patrimoine autonome

Cette conception (1) est probablement celle de l'avenir (2) ; elle présente de grands avantages pratiques, mais n'est pas compatible avec la législation actuelle.

1) *Avantages de cette conception :*

Tous sont basés sur la séparation des dettes qui résulterait de la division opérée dans le patrimoine du commerçant.

(1) Magnier et Pruvost, n° 11, p. 24 et 25 et n°s 30 et 31, p. 63 et n° 64 ; Magnin, A. D. C. 1899, n° 9, p. 398 et 399 ; Proudhon, II, n° 1025 à 1028, p. 480 et 481 — IV, n° 1851, p. 52 et 53 ; Valéry, A. D. C. 1902, n° 40 à 42, p. 270 à 273.

(2) Elle n'est pas non plus sans précédents dans le passé : les Romains ont été amenés dans un cas particulier, par les préjugés mêmes qui interdisaient aux citoyens des hautes classes l'exercice d'un négoce, jusqu'à la conception du fonds de commerce, patrimoine indépendant (Cf. Dig. XIV. 4. de trib. act. ; et en particulier Ulp. Dig. XIV. 4. 1. pr.). En isolant de l'ensemble du patrimoine les biens affectés au commerce pour les confier à un esclave chargé de la gestion de la « *merx peculiaris* » ainsi constituée, le droit romain a permis à tout citoyen de réaliser des bénéfices commerciaux sans paraître personnellement.

L'autonomie de ce fonds de commerce se manifeste, en particulier, dans l'attribution de l'actif de chaque établissement, qui constitue le gage spécial de ses créanciers (Ulp. Dig. XIV. 4. 5. 11. — Gaius, Inst. IV-72, passage reproduit par Girard, textes, p. 335, et restitué dans sa dernière partie d'après les Institutes de Justinien IV, 7, 3 et non IV, 7. 4. C.). Ceux-ci sont payés sur lui par préférence non seulement aux créanciers personnels du maître, mais aux créanciers non commerciaux du pécule au cas où tous les biens entrant dans sa composition ne sont pas consacrés au commerce, même à ceux des autres « *merces* » si le pécule en comprend plusieurs, même enfin à ceux des autres boutiques si le même commerce est exercé en des lieux différents par le même esclave (Ulp. Dig. XIV. 4. 5. 4, 5, 15 et 16).

L'idée de la création d'un patrimoine indépendant par l'affectation de certains biens à l'exercice du commerce est poussée ici jusqu'à ses dernières conséquences ; mais, inspirée par la nécessité de faire face à des besoins pratiques, cette assimilation, dans un cas particulier,

Au cas où le fonds est grevé du privilège du vendeur ou du créancier gagiste, elle éviterait que la masse des créanciers commerciaux pût être primée par un seul d'entre eux ou surtout par un créancier civil. Cet inconvénient existe avec la notion courante du fonds de commerce et justifie l'hostilité du monde des commerçants en particulier contre le nantissement (1). Lorsqu'un fonds est frappé d'un privilège, celui qui l'exploite ne peut plus obtenir aucun crédit de ses fournisseurs qui craignent de renforcer par les valeurs qu'ils introduisent dans le fonds la garantie du créancier inscrit et de le voir payer à leur détriment.

Avant la loi du 17 mars 1909, l'injustice était particulièrement flagrante à l'égard du vendeur de marchandises ; en les livrant, il permettait au commerçant de continuer l'exploitation, à laquelle elles sont indispensables, et contribuait ainsi à la conservation du gage, dont elles constituaient souvent l'élément le plus tangible ; cependant, leur valeur servait uniquement à désintéresser le créancier nanti, sans profiter aucunement à la masse dont le fournisseur faisait partie. Aussi l'article 9 de la nouvelle loi, suivant l'unanimité des vœux exprimés à la Société d'Etudes Législatives (2), a-t-il exclu les marchandises du nantissement.

Mais cette décision n'a pas écarté tous les inconvénients de la conception courante ; elle soulève la délicate question de l'assimilation des matières premières soit aux marchandises, soit au matériel (3) ; elle laisse subsister la fâcheuse

du fonds de commerce à une universalité de droit apparaît bien plutôt comme un simple expédient que comme l'application d'une théorie générale, que les juristes romains n'ont sans doute jamais songé à établir.

(1) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 230 et n. 2 et p. 234. — S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 274, M. Thaller.

(2) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 234 ; Délibération de la Chambre de Commerce de Lille du 28 avril 1899, B. S. E. L. 1903, p. 322 à 324.

Adde Coirre, Rapport converti en délibération par la Chambre de Commerce de Paris le 2 mars 1904, B. C. C. de Paris, 1904, p. 218.

(3) Cf. *supra* p. 56 à 58.

situation du fournisseur de marchandises quand le fonds, ayant fait l'objet d'une cession, est frappé du privilège du vendeur : le prix des marchandises, qui peuvent en ce cas être comprises dans l'inscription (1), sert à désintéresser ce dernier par préférence à tous les autres créanciers et les mesures imposées par la loi (2) pour qu'elles se trouvent les premières dégagées, peuvent ne pas suffire à empêcher que le fournisseur soit primé par lui.

En outre, l'exclusion des marchandises rend impossible en pratique le nantissement de beaucoup de fonds de commerce, dans lesquels elles représentent la principale valeur (3).

Enfin, au cas de nantissement comme au cas de vente, le créancier qui a introduit dans le fond des objets entrant dans la composition de l'élément matériel ou des valeurs incorporelles compris globalement dans l'inscription, est primé sur le produit de leur réalisation. L'injustice subsiste donc à son égard et est particulièrement flagrante quand le nantissement du fonds a été consenti à un créancier civil : il ne semble pas, en effet, qu'il soit équitable de traiter tous les créanciers, commerciaux ou civils, sur un pied d'égalité (4). Sans doute, les seconds ont pu accidentellement par leur crédit faciliter au commerçant son exploitation ; mais normalement ils ont bien plutôt surtout profité des bénéfices, tandis que les premiers, au contraire, ont toujours introduit dans le fonds des biens nouveaux, venus accroître la valeur globale de l'ensemble ; il ne serait donc que juste qu'ils puissent toujours en profiter.

Ce but serait précisément atteint si l'on pouvait considérer le fonds de commerce comme un patrimoine : il engloberait alors tous les éléments actifs et passifs pour former une unité abstraite dont la valeur ne pourrait être

(1) Art. 1^{er}, al. 2.

(2) Art. 1^{er}, al. 5.

(3) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 235, n. 1 ; S. E. L., Séances, B. S. E. L. 1903, p. 365, M. Fabre.

(4) Contra Gazin, p. 355 à 357.

établie que déduction faite du passif qui la grève ; les privilèges inscrits s'exerceraient seulement sur l'actif net, déduction faite des dettes commerciales, les fournisseurs se trouvant ainsi assurés de ne pas accorder leur crédit au commerçant dans l'intérêt exclusif des créanciers privilégiés. Cette sécurité plus grande faciliterait les rapports d'affaires (1). Du même coup, disparaîtraient tous les reproches adressés au nantissement du fonds de commerce, reproches auxquels la loi de 1909 n'a en partie échappé que pour en susciter d'autres, « insécurité des relations commerciales, fraudes vis-à-vis des tiers et du créancier gagiste (2), crédit du débiteur anéanti d'un seul coup, abus d'autorité du créancier gagiste fournisseur en gros » (3).

A un point de vue plus général, que nous avons développé en montrant les inconvénients de la théorie actuellement adoptée (4), l'assimilation du fonds de commerce à un patrimoine autonome permettrait, seule, d'en mettre en harmonie la notion juridique et la nature économique, en séparant l'actif et le passif commercial du patrimoine civil du commerçant (5). Elle donnerait aux créanciers commerciaux la certitude de ne pas voir séparer, au cas de mutation du fonds, leurs créances des éléments actifs qui en constituent la garantie et qu'ils ont eus en vue en accordant leur crédit. Enfin, elle assurerait le maintien du fonds dans son intégrité toutes les fois que sa conservation apparaît conforme à la volonté des parties intéressées, en transmettant au successeur les obligations.

Au point de vue juridique, la conception du fonds de

(1) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 230, n. 2.

(2) Sur le procédé consistant à limiter la fraude à l'égard du créancier en fixant un minimum au-dessous duquel le stock ne devait pas descendre : cf. Nancy, 21 mars 1902, D. 03. 2. 180 (6^e espèce) — ; Les Andelys, 6 novembre 1900, J. C. M. de Bordeaux, 01. 2. 44.

(3) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 234.

(4) Cf. *supra* p. 97 sq.

(5) Comp. S. E. L. Séances, B. S. E. L. 1903, p. 391, M. Hubert ; Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 230, n. 2.

commerce comme un patrimoine indépendant rend compte de toutes les exceptions au principe posé par la théorie précédente et explique, en outre, l'indépendance reconnue aux divers éléments ; mais il paraît inutile d'insister sur les arguments que l'on en peut tirer en sa faveur, car elle se heurte, d'autre part, à des objections insurmontables.

2) Incompatibilité de cette conception avec la législation actuelle :

Le principe de l'unité du patrimoine, que l'on considérerait comme absolu (1) et que l'on fondait en particulier sur les articles 2092 et 2093 du Code Civil, paraît aujourd'hui susceptible de recevoir certaines exceptions même en dehors des prévisions de la loi (2) ; mais il ne peut pas être écarté dans les cas où la loi elle-même en fait une application formelle : c'est précisément ce qui se rencontre pour le fonds de commerce (3).

L'article 8 du Code de Commerce oblige le commerçant à faire figurer « mois par mois les sommes employées à « la dépense de sa maison » sur son livre-journal ; cette énonciation, qui donne le moyen de se rendre compte, au cas de faillite, si ces dépenses ont été excessives pour déclarer en ce cas la banqueroute simple du failli (4), n'autorise pas de séparation entre le patrimoine civil et le patrimoine commercial (5).

La faillite une fois déclarée, tous les biens du failli sans aucune distinction se confondent, qu'ils soient compris ou non dans la composition du fonds de commerce ; les créanciers civils ou commerciaux se réunissent pour former la masse et exercent sur tous les mêmes droits. Ainsi, la confusion est absolue et entre les biens composant le patri-

(1) Aubry et Rau, VI, n° 574, p. 336 à 339.

(2) Gazin, p. 314 à 364.

(3) Comp. Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 343, p. 474.

(4) Art. 585-1° C. Com.

(5) Catalan, p. 34 et 35.

moine civil et le patrimoine commercial, et entre les créanciers civils et les créanciers commerciaux (1).

Enfin, l'article 3, alinéa 4, de la loi du 17 mars 1909 accorde à tous les créanciers du vendeur le droit de former opposition au paiement du prix du fonds vendu, au lieu de réserver ce droit aux créanciers commerciaux comme il devrait le faire si les biens affectés au commerce se trouvaient, par suite de cette destination, spécialement réservés à leur garantie (2).

Nous pensons que ces textes seuls suffisent à écarter l'autonomie juridique de l'entreprise commerciale et que, tant qu'ils n'auront pas été modifiés, les articles 2092 et 2093 du Code Civil, qui, considérés isolément, ne seraient pas inconciliables avec cette conception (3), lui opposent un argument irréfutable.

Mais, contrairement à l'opinion générale, la loi de 1909 ne nous paraît pas avoir consacré, d'une manière absolue, le principe de l'exclusion des obligations, nous allons essayer de le montrer.

§ III : *Solution proposée :*

incorporation des obligations au fonds de commerce dépourvu d'indépendance juridique

Entre les deux opinions extrêmes que nous venons de rejeter, il semble qu'une théorie intermédiaire peut trouver place, qui tienne compte des faits tout en respectant les principes généraux et les règles positives posées par le législateur sur quelques points particuliers.

(1) Art. 443 C. Com.

Cf. Lacour, I, n° 134, p. 86 ; Lyon-Caen et Renault, VII, n° 240, p. 242, Thaller, Traité Elém. n° 1782, p. 923 ; Thaller et Percerou, II, n° 524, p. 488.

(2) Gazin, p. 358 ; Henry, p. 179 et 180.

(3) Comp. Baudry-Lacantinerie et de Loynes, I, n° 67-III, p. 53.

Contra : Magnin, A. D. C. 1899, n° 9, p. 398 à 400 ; Valéry, A. D. C. 1902, n°s 46 à 48, p. 274 à 276.

L'assimilation à un patrimoine se trouvant écartée et la loi de 1909 ayant exclu du nantissement, à l'exception du seul droit au bail, les obligations, leur incorporation au fonds de commerce ne présente un intérêt et ne peut produire d'effets pratiques que lorsqu'intervient une mutation de la propriété ou de la jouissance. Nous pensons qu'elles doivent alors passer au successeur de l'ancien commerçant, en même temps que l'ensemble des autres éléments dont elles sont solidaires, toutes les fois qu'une disposition positive ou la volonté des parties intéressées n'en a pas autrement décidé (1) ; la loi sur la vente et le nantissement des fonds de commerce ne nous semble pas incompatible avec cette solution, en dehors du domaine restreint qu'elle régit.

1) *Essai d'une explication du transfert, avec le fonds, des créances et des dettes :*

Pour l'expliquer et en déterminer les effets, il faut d'abord examiner de quelle manière on peut rendre compte du transport au successeur des créances et des dettes que tout le monde s'accorde à considérer comme des éléments du fonds de commerce.

En ce qui concerne la principale d'entre elles, le droit au bail, les auteurs et la jurisprudence se bornent généralement à constater le fait que la cession du fonds implique cession du bail. Seulement, comme il ne consiste pas en un simple droit de créance dont la cession prévue par le Code Civil peut être effectuée directement, mais est doublé d'une dette corrélatrice, dont le transfert peut avoir lieu seulement par l'un des procédés détournés qu'offre le droit français pour réaliser le transport de dettes, il faut encore déterminer à quelle théorie se rattache la transmission du droit au bail.

Les conditions dans lesquelles elle se produit et les résultats que l'on est d'accord pour lui attribuer permettent de

(1) Cf. Boistel, n° 429, p. 294.

reconnaître que c'est à la stipulation pour autrui (1). En effet, « les baux en matière de fonds de commerce autorisent généralement la cession du droit au bail au successeur, à charge, pour le vendeur du fonds, de rester solidairement tenu de l'exécution du bail et du paiement des loyers » (2) ; ainsi, lorsque les baux sont explicites, on y retrouve formellement les caractères de la stipulation pour autrui. Quand, au contraire, ils gardent le silence, les effets produits, d'après l'opinion générale, par la cession permettent de considérer encore le commerçant comme ayant implicitement stipulé pour lui et pour son successeur : le cessionnaire acquiert une action directe contre le bailleur et est désormais directement tenu envers lui solidairement avec le preneur primitif ; mais celui-ci a perdu son droit parce que le transport de la créance est parfait, tandis que le transport de la dette, ainsi réalisé sans intervention du créancier, demeure imparfait.

Cette explication présente, en outre, l'avantage de placer l'origine du transfert du droit au bail dans l'interprétation de l'acte juridique d'où sont nés les rapports du bailleur et du preneur primitif ; aussi peut-elle rendre compte de tous les cas où ce transfert se produit comme conséquence d'une mutation du fonds de commerce. Il en serait autrement d'une explication basée sur un accord présumé du preneur primitif et du nouvel exploitant intervenu au moment même de la mutation ; cette dernière présomption ne saurait être admise lorsque l'ancien commerçant n'a pas eu l'occasion de manifester sa volonté de transmettre le droit au bail avec le fonds à son successeur, comme, par exemple, au cas où ce dernier est le conjoint survivant, usufruitier légal par application de l'article 767 du Code Civil.

L'obligation de ne pas faire concurrence peut être également considérée comme passant au successeur par l'effet d'une stipulation ou d'une promesse pour autrui ; les

(1) Catalan, p. 232 à 234.

(2) Bureau, Rapport, J. O. 1912, Doc. Parl., Chambre, ann. 2064, p. 1432, 2^e colonne.

arrêts qui la reconnaissent pour une créance ou une dette du fonds, plutôt que de la personne, le disent formellement ou le laissent clairement entendre (1).

Il en est de même des engagements des artistes (2).

La même explication convient, nous l'avons vu (3), à la transmission au successeur, par l'effet de la loi du 22 novembre 1918, des obligations résultant de contrats de louage de services intervenus entre le commerçant et ses employés, depuis mobilisés. Mais ici les obligations des contrats sont nécessairement imposées au cessionnaire comme une conséquence de l'acquisition du fonds de commerce auquel le législateur les a incorporées : il ne saurait s'y soustraire (4).

Quant à l'obligation de verser à la caisse d'une institution de prévoyance, les conditions dans lesquelles la loi du 27 décembre 1895 permet au successeur du débiteur primitif de s'en charger, ne sont compatibles qu'avec une explication du transport de dettes par stipulation pour autrui : non seulement l'article 1^{er} ne demande pas le consentement du créancier, ce qui suffirait à faire écarter la délégation, mais même, implicitement, il déclare le transport parfait par la simple adhésion du nouveau débiteur, ce qui rend cette explication absolument inadmissible tout en dépassant, d'ailleurs, le résultat normal du transport par stipulation.

Enfin, si la transmission des créances et des dettes comprises dans les fonds de commerce de banque ou les portefeuilles d'assurances et celle de certains marchés ne fournissent pas, en faveur de l'hypothèse d'une stipulation

(1) Cf. supra p. 108 sq. et jurisprudence citée ; en particulier Paris, 13 novembre 1883, D. S., v^o Industrie-Commerce, n^o 118 — S. 84. 2. 40.

Adde, Lèbre, n^o 97, p. 107 et 108.

(2) Comp. Hue., Cession des Créances, I, n^o 218, p. 444, qui considère le directeur de théâtre comme ayant stipulé pour le compte des artistes en contractant avec le cessionnaire de l'entreprise théâtrale.

(3) Cf. supra p. 113 et 114.

(4) Arg. loi du 22 novembre 1918, ar. 1^{er}, al. 2.

pour autrui, d'argument particulier, les effets qui leur sont reconnus, transport parfait de la partie active des obligations et transport imparfait de la partie passive réalisés par l'effet seul de la mutation du fonds de commerce, correspondent exactement à l'hypothèse d'une stipulation pour autrui.

On peut observer que le même intérêt pousse le commerçant à assurer à son successeur le transport de toutes les créances et de toutes les dettes, qui le détermine à faire insérer dans la plupart des baux une clause formelle en autorisant la cession.

Cet intérêt, sur lequel nous ne reviendrons pas (1), permet de lui prêter l'intention, chaque fois qu'il contracte, de stipuler en même temps en faveur ou à la charge de son successeur. Lorsque se produit ensuite une mutation en propriété ou en jouissance du fonds de commerce, les obligations, liées à son sort par la volonté de l'ancien commerçant, passent au nouveau en même temps que les autres éléments. Mais, tandis que le transport des créances est parfait dès lors que le nouveau commerçant a consenti à profiter de la stipulation, le transport des dettes demeure imparfait et l'ancien commerçant, débiteur primitif, reste tenu à côté du nouveau (2).

Cette transmission ne se produit d'ailleurs pas forcément : la volonté de l'ancien commerçant qui les y a incorporées, peut en détacher les obligations soit en totalité, soit en partie jusqu'au moment où la stipulation devient définitive par l'acceptation de son successeur ; les circonstances qui ont entouré l'origine des obligations ou la mutation du fonds de commerce, peuvent servir à en déterminer l'étendue par interprétation de la volonté.

Mais à ces idées, une objection ne peut manquer d'être faite dont nous allons examiner la portée.

(1) Cf. supra p. 400 sq.

(2) L'ancien commerçant reste tenu, à côté de son acquéreur, de l'obligation de ne pas se rétablir : Aix, 1^{er} février 1873, D. 74. 5. 309, v^o Liberté du Commerce, n^o 3.

Comp. Gaudemet, p. 376 et 377.

2) *L'incorporation des obligations au fonds de commerce et la loi du 17 mars 1909 :*

On présente souvent cette loi comme ayant définitivement tranché la controverse et éliminé les créances et les dettes de la notion du fonds de commerce (1).

Pour nous, cette interprétation dépasse la portée que le législateur lui-même a entendu donner à son œuvre. La loi du 17 mars 1909 n'est pas une loi de principe destinée à fixer les idées théoriques ; les notions qu'elle met en jeu sont si complexes et encore si confuses que jamais, avec un pareil dessein, ses auteurs ne seraient parvenus à réaliser un accord ; elle n'a eu d'autre but et ne peut avoir d'autre effet que d'apporter, sur des points particuliers, des solutions pratiques répondant aux vœux exprimés par le monde du commerce.

Il n'y faut donc pas chercher les éléments d'une théorie générale que personne n'a songé à y mettre et pour l'édification de laquelle la liberté de l'interprète demeure entière, sous la seule réserve que les conséquences pratiques de ses idées ne soient pas inconciliables avec les décisions positives de la loi.

L'examen seul du texte, qui revêt la forme d'un règlement donnant le détail de formalités compliquées de procédure, pourrait suffire à confirmer cette manière de voir si M. Cordelet, qui en a été le rapporteur au Sénat et le principal auteur, n'avait pris soin, dans l'exposé des motifs, de préciser que la limitation du fonds de commerce ne doit être appliquée qu'à l'hypothèse du nantissement, en dehors de laquelle la question de savoir ce qu'il comprend est question de fait et de volonté des parties (2).

Du moment que le fonds de commerce n'était pas

(1) Duvignau, p. 32 ; Montier et Faucon, n° 9, p. 137.

Contra : Gazin, p. 144 à 149 et p. 358 ; Macaire, p. 64 ; Mouchet, p. 55 et 56.

Comp. Henry, p. 180 et 181.

(2) Cordelet, Proposition, J. O. 1905, Doc. Parl., Sénat, ann. 73, p. 154, 2^e colonne.

reconnu pour un patrimoine séparé, il était impossible, sans épuiser d'un seul coup le crédit du commerçant au profit d'un seul de ses créanciers, de comprendre les obligations dans le gage ; leur exclusion procède ici de la même idée que celle des marchandises.

Il est vrai que la loi de 1909 a été plus loin puisqu'elle a également séparé, au cas de cession, les obligations actives et passives des autres éléments, en laissant aux parties intéressées la faculté de les y réunir par une manifestation de volonté contraire. La raison invoquée dans l'exposé des motifs pour justifier cette solution, savoir que les « marchés à recevoir ou à livrer, les traités divers, qui « créent des obligations personnelles entre le propriétaire « du fonds et des tiers, ne peuvent faire l'objet d'une « cession » (1), est pour le moins étrange, surtout rapprochée de la décision de comprendre et dans la cession, et dans le nantissement le droit au bail qui n'a pourtant ni une autre nature, ni des effets différents.

Cependant, l'intention du législateur n'est pas douteuse.

Elle ne résulte pour nous ni des documents parlementaires qui, si l'on met à part l'opinion du rapporteur que nous venons de critiquer, exposent seulement quelques arguments tendant à faire exclure les créances et les dettes du nantissement, ni de l'article 1^{er} qui détermine seulement l'étendue du privilège (2). Cet article, en particulier, ne s'oppose pas à ce que les créances et les dettes, même non énumérées dans la vente et dans l'inscription, soient comprises dans la cession du fonds de commerce, toutes les fois que ce résultat n'apparaît pas contraire à la volonté des parties dont l'interprétation est la règle souveraine qui doit en fixer l'étendue (3) ; le défaut de désignation précise a simplement pour effet de limiter le privilège.

(1) Cordelet, Proposition, J. O. 1905, Doc. Parl., Sénat, ann. 73, p. 154, 3^e colonne.

(2) Mouchet, p. 55.

(3) J. O. 1907, Déb. Parl., Sénat, p. 632, 3^e colonne, M. Cordelet, rapporteur.

Même la concession du droit de former opposition au paiement du prix de vente, accordé par l'article 3 aux créanciers du précédent propriétaire, ne serait pas absolument incompatible avec le transfert à l'acquéreur de l'actif et du passif commercial ; car, parmi eux, les créanciers civils conservent un intérêt évident à ne pas voir sortir les valeurs commerciales du patrimoine de leur débiteur et les créanciers commerciaux n'ont pas perdu la faculté de s'opposer à la cession du passif et peuvent eux-mêmes éprouver un préjudice soit de l'inaptitude de l'acquéreur à l'exploitation, soit du concours de ses créanciers personnels.

Mais l'alinéa 8 de l'article 3 ne permet pas d'admettre que les créances et les dettes commerciales passent au cessionnaire ; ce texte décide que « l'acquéreur qui, sans avoir « fait dans les formes prescrites les publications ou avant « l'expiration du délai de dix jours, aura payé son vendeur, ne sera pas libéré à l'égard des tiers » ; on en doit conclure *a contrario* que, s'il s'est conformé aux exigences de la loi, l'acquéreur est libéré envers tous les créanciers du vendeur sans distinction et que, par conséquent, il ne devient pas, par le simple effet de la cession, débiteur des dettes commerciales.

La disposition de l'article 6 confirme cette conclusion, en déclarant l'acquéreur libéré par la consignation du prix sans distinguer s'il est inférieur ou supérieur au montant du passif (1).

Nous considérons donc le législateur de 1909 comme ayant simplement entendu tracer, en matière de nantissement, une limite à la volonté des parties intéressées et donner à leur intention, en ce qui concerne la vente et les contrats assimilés, une interprétation, d'ailleurs toute relative, qui exclut du fonds de commerce les créances et les dettes.

Sur le premier point, sa décision était pratiquement

(1) Adde art. 22. al. 4.

nécessaire du moment qu'il ne reconnaissait pas l'autonomie du fonds de commerce.

Sur le second point, elle pouvait se justifier par la considération qu'il était loisible au cédant et au cessionnaire de renverser la présomption légale par la manifestation d'une volonté contraire (1) et que le système organisé par les articles 3 et suivants assurait aux créanciers commerciaux, à ceux du moins dont le droit tendait à obtenir le paiement d'une somme d'argent, l'exécution sur le prix.

Il en est autrement lorsque la mutation de la propriété ou de la jouissance du fonds se produit à titre gratuit et surtout par legs ou par l'ouverture d'un usufruit légal. Alors, si l'on adopte, suivant l'opinion commune, la solution proposée par la loi de 1909 en cas de cession, les créanciers commerciaux subissent tous les inconvénients de la séparation de la dette et de son gage et l'ancien et le nouveau commerçant, toute la gêne qui résulte pour l'un du poids de contrats devenus inutiles, pour l'autre de l'impossibilité de les invoquer.

Mais, comme la loi de 1909 n'a pas entendu faire œuvre générale et comme aucune analogie ne peut être invoquée pour étendre ses dispositions en dehors des cas qu'elle a visés, partout ailleurs le fonds de commerce nous paraît devoir reprendre sa composition normale : les obligations actives et passives qui présentent les caractères de l'affectation commerciale en constituent un élément et en suivent le sort à défaut d'une volonté contraire clairement exprimée.

Un arrêt ancien de la cour de Paris (2) a fait, dans une espèce où il existait, il est vrai, un indice permettant de présumer l'intention du testateur, une application intéressante de l'idée que la composition du fonds est déter-

(1) C'est ce qui a parfois lieu en pratique : Magnin, A. D. C. 1899, n° 11, p. 471.

(2) Paris, 12 avril 1833, D. R., v° Dispositions entre vifs et testamentaires, n° 2592 — S. 33. 2. 306.

Comp. Cass. Civ., 28 juin 1865, D. 65 1. 360.

minée par l'affectation commerciale consacrée par la volonté, en décidant que les droits, créances et recouvrements à faire doivent être délivrés au légataire.

Les éléments susceptibles de faire partie du fonds de commerce se trouvant ainsi déterminés, il faut revenir au trait commun qui les caractérise ; l'intérêt n'en est pas épuisé et il servira peut-être à dégager certaines idées qui faciliteront nos recherches.

CHAPITRE TROISIÈME

NATURE JURIDIQUE DU FONDS DE COMMERCE

Pour que les rapports avec le public puissent se nouer, permettant la réalisation du bénéfice, il importe que les biens destinés à l'exercice du commerce et leurs modes de groupement soient assez variés et assez mobiles pour répondre aux besoins économiques, la plupart inconstants, qu'ils prétendent satisfaire ; cette idée n'a pas été suffisamment mise en lumière : de là semblent résulter les erreurs que nous croyons relever dans la théorie généralement adoptée.

En fait, la composition du fonds de commerce nous paraît fixée par la volonté du commerçant, subordonnée dans son exercice à des exigences économiques ; les conditions de la formation de cette masse de biens, les caractères juridiques que l'on attribue aux éléments qui la composent, ceux que l'on est d'accord pour lui reconnaître à elle-même, nous permettront de proposer au problème de la nature du fonds de commerce une solution à coup sûr imparfaite, mais, à notre sens, seule possible dans l'état actuel de la législation.

SECTION I

IMPOSSIBILITÉ DE DÉTERMINER LA NATURE DU FONDS DE COMMERCE PAR L'ATTRIBUTION SYSTÉMATIQUE DE LA PRÉPONDERANCE À CERTAINS ÉLÉMENTS

Les nécessités de la destination commerciale, affectation de certains biens à la satisfaction des désirs du public,

expliquent la diversité dans la composition des fonds de commerce et dans l'importance relative de leurs éléments, que l'on constate non seulement entre les branches de l'activité commerciale, mais encore entre les exploitations similaires et aussi dans la même entreprise si on la considère à des époques différentes.

C'est pourquoi, bien que l'on ne puisse adopter ses conclusions en ce qui concerne la nature juridique du fonds de commerce, la théorie qui recherchait dans chaque cas particulier l'élément principal, semble la plus judicieuse (1). Elle est cependant à peu près unanimement repoussée par les auteurs et la jurisprudence, qui prétendent établir entre les éléments une hiérarchie immuable (2).

Presque tous placent au premier plan la clientèle et l'achalandage pour en faire l'élément prépondérant du fonds de commerce (3) ; si l'on considère la première comme un attribut de la personne, le second comme une

(1) Fauchille, Note sous Cass. Req., 13 mars 1888, A. D. C. 88. 1. 171 (p. 172) ; Magnier et Pruvost, n° 9, p. 22 et 23, n° 27, p. 58 et 59 et n° 33, p. 65 et 66.

Cass. Req., 13 mars 1888, D. 88. 1. 351 ; — S. 88. 1. 302 — ; Poitiers, 19 janvier 1903, J. C. M. de Bordeaux, 03. 2. 70 — ; Paris, 2 novembre 1898, D. 99. 2. 196 — ; Paris, 7 août 1897, D. 98. 2. 437.

Comp. Cass. Civ., 17 décembre 1919, R. G. P. 20. 1. 102.

(2) Le droit romain déjà attribuait la prépondérance à l'un des éléments corporels, généralement la boutique, à laquelle il rattachait tous les autres éléments (Paul. Dig. XXXIII. 7. 13. — Marc. Dig. 33. 7. 17. — Nérat. Dig. XXXIII. 7. 23).

De même, dans l'ancien droit français et le droit intermédiaire, les éléments matériels, en particulier les marchandises et la boutique, absorbent l'attention à tel point que le plus souvent les objets qui les composent sont envisagés individuellement et non comme partie d'un tout.

(Pothier, XIII, Traité du Douaire, I, V, n° 219. — Cass. Sect. Civ., 9 messidor an XI D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1, 1^{re} espèce — Merlin, Rép., v° Usufruit, § IV n° VIII, p. 346. Cf. cependant arrêt du parlement de Besançon du 31 août 1641, rapporté par Hartmann, p. LVII et LVIII).

(3) Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 5 à 8, p. 340 à 342 ; Lèbre, n° 1, p. 1 et 2 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 239 sq., p. 192 sq. ; Peyrière, p. 12 à 15.

qualité dépourvue d'indépendance juridique, il est impossible de se ranger à cette opinion qui ne semble, du reste, pas exacte quelle que soit la théorie adoptée sur la nature de la clientèle et de l'achalandage, mais qui contient cependant une part de vérité. Nous aurons à revenir sur ces idées.

D'autres accordent une importance primordiale au droit au bail (1) ou aux marchandises (2).

Ces divergences s'expliquent encore par la destination qui caractérise les éléments du fonds ; suivant que l'on a envisagé telle ou telle entreprise, la prépondérance a pu être successivement attribuée à chacun d'entre eux (3) : dans le commerce de détail, en général, elle appartient au droit au bail (4) ; dans le commerce des nouveautés et plus spécialement des tissus, aux marchandises (5) ; dans l'industrie, c'est souvent au matériel (6), aux brevets, aux dessins et modèles (7) ; aussi, même quand il s'agit d'une branche déterminée de l'activité commerciale, l'appréciation de l'importance et du rôle relatifs des divers éléments reste parfois discutée (8).

L'observation de ce désaccord confirme que leur prépondérance est une question d'espèces et qu'il n'existe pas d'élément essentiel invariablement déterminé (9).

(1) Proposition de loi sur la Propriété Commerciale, J. O. 1919. Déb. Parl., Chambre, p. 883, 3^e colonne, M. Puech.

Com. Marseille, 24 avril 1914, J. C. M. de Marseille, 14. 1. 302.

(2) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740 et n. 5 ; Bayart, n° 42, p. 10 et 41 ; Froudhon, II, n° 1010 sq., p. 469 sq. ; Touton, p. 45.

(3) Macaire, p. 50 à 57.

(4) Il peut en être de même dans l'industrie hôtelière. Cf. Grenoble, 16 avril 1886, sous Cass. Req., 13 mars 1888, S. 88. 1. 302 (p. 304, 1^{re} colonne).

(5) Percerou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 233.

(6) Coirre, Rapport converti en délibération par la Chambre de Commerce de Paris le 2 mars 1904, B. C. C. de Paris 1904, p. 219.

(7) Pouillet, Dessins et Modèles, n° 334, p. 376.

(8) Proposition de loi sur la Propriété Commerciale, J. O. 1920, Déb. Parl., Sénat, p. 1970, 1^{re} colonne et 1972, 2^e colonne, MM. de la Ville-Moisan et Bouveri.

(9) Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 8, p. 342 ; Catalán, p. 60.

Pour qu'un élément du fonds de commerce envisagé *in genere* puisse être reconnu comme essentiel, il faudrait, en effet, qu'il réunisse les conditions suivantes, savoir qu'il se rencontre toujours nécessairement dans toutes les entreprises et, surtout, que seul il suffise et soit indispensable pour constituer et identifier le fonds de commerce, c'est-à-dire pour lui conserver son identité quand tous les biens qui l'accompagnaient ont disparu et ont été remplacés par d'autres, de telle sorte, par exemple, que l'acquéreur de cet élément soit forcément et dans tous les cas considéré comme le successeur. C'est là la pierre de touche qui permet vraiment de reconnaître l'existence d'un élément essentiel.

Sans attacher peut-être au mot le sens précis qu'il comporte, on attribue souvent ce caractère aux éléments que la loi de 1909 soumet au privilège du vendeur et comprend dans le nantissement à défaut de désignation expresse (1). Aucun d'entre eux ne semble, pourtant, susceptible d'être regardé comme essentiel.

Le nom commercial et l'enseigne, celle-ci se confondant souvent avec celui-là, se rencontrent toujours, il est vrai, puisque, si le commerce n'est pas exercé sous une dénomination spéciale, le nom patronymique du négociant caractérise le fonds. Mais on conçoit, bien qu'en pratique le fait semble assez rare, une cession consentie sous la réserve que l'acquéreur ne fera pas usage du nom ; si les autres éléments lui sont transmis et demeurent groupés et affectés entre ses mains à l'exercice du commerce, il n'en est pas moins considéré comme le successeur du cédant.

Le droit au bail, qui représente seulement une des formes de la disposition du local, fait défaut toutes les fois que le commerçant est propriétaire de l'immeuble. Il arrive, en outre, souvent qu'un fonds de commerce établi dans un local loué soit cédé sans droit au bail (2) ; per-

(1) Cf. Cass. Civ., 17 juin 1918, R. G. P. 48 et 49. 1. 387 — J. C. M. du Havre, 48 et 49, 2. 35.

(2) Amiens, 29 janvier 1898, R. G. P. 98. 1. 561.

sonne n'admettrait qu'il cessât pour cela d'exister et que son identité ne fût pas maintenue entre les mains du cessionnaire. La disposition de l'article 13, alinéa 2, de la loi de 1909 suppose, d'ailleurs, la conservation de l'identité du fonds en dépit du changement de local, puisqu'elle prévoit en ce cas le maintien des inscriptions.

La clientèle et l'achalandage, enfin, sont considérés par la majorité de la doctrine non seulement, ainsi qu'il est indiqué plus haut, comme l'élément le plus important du fonds de commerce, mais comme le seul essentiel (1). Cette idée a même servi de point de départ à certaines théories édifiées en vue d'établir la nature juridique du fonds (2), que quelques auteurs paraissent identifier avec la clientèle et l'achalandage (3).

Elle contient une part de vérité par l'importance qu'elle leur attribue.

Il est exact que tout fonds de commerce suppose l'existence ou du moins la probabilité de rapport commerciaux ; mais même si l'on admettait que ces derniers, soit sous la forme d'achalandage, soit sous celle de clientèle, constituent un élément distinct des biens qui servent à les fixer ou séparable de la personne du commerçant dont ils forment un attribut, ils pourraient, quoi qu'on en ait dit, ne pas suffire et inversement ne pas être indispensables, seuls,

(1) Boistel, n° 429, p. 294 ; Boutaud et Chabrol, n°s 48 et 58, p. 56 et 66 ; Cendrier, n° 158, p. 83 à 85 ; Gombeaux, p. 75, 98 sq. et 111 ; Lacour, I, n° 128, p. 82 ; Magnin, A. D. C. 1899, p. 400 ; Montier et Faucon, n° 19, p. 141 ; Mouchet, p. 22 sq., p. 98 et 150 ; Ruben de Couder, v° Fonds de Commerce, n°s 3 et 6, p. 355 et 356 ; Simon, p. 63 à 66 et p. 192 ; Thaller, Traité Elém., n° 82, p. 64 ; Thibault, n°s 2 et 4, p. 41 et 46.

Comme jurisprudence récente : Com. Havre, 12 avril 1910, J. C. M. du Havre, 10. 1. 221 (p. 224).

(2) Cendrier, n° 68, p. 25 ; Lèbre, n° 7, p. 7 ; Lyon-Caen et Renault, III n° 240, p. 192 ; Péliissier, n° 13, p. 9 et 10 ; Peyrière, p. 25.

Paris, 24 décembre 1896, D. 98. 2. 23 — ; Paris, 21 juillet 1892, D. 93. 2. 108 — ; Riom, 30 mars 1892, D. 92. 2. 220 — ; Com. Seine, 1^{er} mars 1899, A. D. C. 1899, p. 361.

(3) Cf. Gombeaux, p. 99 ; Thaller, Traité Elém., n° 82, p. 64.

à conserver l'identité du fonds de commerce. S'il en était autrement, il faudrait décider contre l'évidence que cette identité est perdue quand le commerçant ne s'adresse plus aux mêmes clients, bien qu'il conserve tous les éléments, enseigne, nom commercial, local, mobilier, marchandises, comme le coiffeur qui transforme son salon de coiffure pour hommes en un salon pour dames, ou quand, le bail du local qu'il occupe étant expiré, il transporte dans un autre quartier ou dans une autre localité son exploitation et perd ses anciennes pratiques tout en continuant exactement le même commerce.

Cette dernière solution a cependant été admise et l'on a jugé qu'un fonds de commerce de détail perd son identité et que, par suite, le créancier auparavant inscrit, perd son privilège quand le siège de l'exploitation est déplacé, parce que l'achalandage et la clientèle nouveaux sont différents des anciens (1).

Le même article 13, dont la disposition est rapportée plus haut, condamne implicitement le motif de cette décision : il admet le maintien de l'identité du fonds en cas de déplacement, même pour le transférer dans le ressort d'un autre tribunal, sans faire aucune distinction selon qu'il en est ou non résulté une dispersion des anciennes relations commerciales, alors que ce déplacement entraîne presque toujours, surtout dans le commerce de détail, cette conséquence et que le législateur avait précisément en vue la dépréciation qui en peut résulter (2).

On conçoit mal, d'ailleurs, l'identité du fonds basée sur l'identité de rapports commerciaux qui peuvent être simplement hypothétiques et sont, en tout cas, toujours instables par leur nature puisqu'ils dépendent uniquement de la volonté des clients.

Il paraît simple de décider qu'il est nécessaire et suffisant, pour que le fonds de commerce reste le même, que la clientèle ou l'achalandage soient transmis au succes-

(1) Com. Seine, 14 février 1912, R. G. P. 12. 1. 560 ; — J. F. 12, p. 269.

(2) Arg. art. 13, al. 3.

seur (1) ; mais il est difficile de déterminer quelle est exactement l'identité exigée : ce ne peut être celle des clients personnellement, car alors le critérium, beaucoup trop étroit, ne s'applique pas aux nombreux fonds qui n'ont pas de pratiques attitrées, mais seulement une clientèle de passage ; ce ne peut être non plus celle des rapports eux-mêmes considérés dans leur genre indépendamment des personnes avec qui ils se nouent, le critérium est alors beaucoup trop imprécis et ne permet plus de distinguer l'une de l'autre deux entreprises dans lesquelles sont exercés des commerces similaires et qui sont cependant différentes.

On se trouve ainsi tout au moins obligé de faire appel à l'idée de l'identité de certains éléments fixant autour d'eux des relations commerciales ; et alors il devient impossible d'admettre que la conservation de la clientèle et de l'achalandage, seuls, est nécessaire et suffisante pour maintenir l'identité du fonds ; c'est en réalité aux éléments qui, dans chaque cas particulier, sont le plus susceptibles de réaliser ou réalisent effectivement le but de l'exploitation en provoquant ou en maintenant des rapports commerciaux qu'appartient la prépondérance. Ce sont eux les véritables éléments spécifiques du fonds envisagé ; tant qu'ils demeurent affectés au commerce et que la réaction de valeur se produit entre eux, le fonds de commerce reste le même, quoique l'identité personnelle des clients ou la nature des rapports entretenus entre eux et l'exploitant soient modifiées.

Les auteurs de la loi de 1909 n'ont, d'ailleurs, certainement pas eu l'intention de désigner comme essentiels les éléments qu'ils soumettaient au privilège à défaut de stipulation expresse.

Ils ont simplement choisi, pour en fixer l'assiette légale, les éléments les plus ordinaires, ceux qui font le plus rarement défaut : enseigne et nom que l'on trouve partout,

(1) Cf. Gombeaux, p. 99.

droit de disposer d'un local que, dans leur parti pris d'oublier que le commerçant peut être propriétaire de l'immeuble, ils synthétisaient dans le droit au bail et que l'on rencontre également toujours, en dehors des professions purement ambulantes, clientèle et achalandage, enfin, qui constitueraient bien l'élément le plus habituel s'ils pouvaient être considérés comme une bien patrimonial doué d'individualité.

Leur choix, à ce point de vue, a été heureux car, à l'encontre des objets compris dans l'énumération de l'article 1^{er}, alinéa 2, et de l'article 9, alinéa 3, les monopoles d'exploitation et même le matériel, les marchandises ou les obligations actives et passives, autres que le droit au bail, peuvent faire défaut dans un grand nombre d'entreprises considérées à un moment déterminé.

Ce choix a, du reste, été guidé surtout par d'autres considérations ; la loi avait pour but de donner aux commerçants un nouveau moyen de crédit. C'étaient donc les éléments dont ils ne pouvaient tirer isolément parti suivant le droit commun qui devaient être compris de préférence dans la valeur nouvelle ainsi organisée (1) ; et, de fait, on ne conçoit pas que le droit au bail et surtout le nom commercial ou l'enseigne soient donnés en nantissement et aliénés indépendamment du fonds de commerce ; il résulterait de ce démembrement une telle dépréciation et de l'ensemble, et de la partie qui en serait détachée que ni le commerçant, ni le créancier ou l'acquéreur ne pourraient avoir intérêt à l'opérer. C'étaient aussi ceux qui fixent le plus généralement les rapports commerciaux, ceux qui, comme le droit au bail, constituent le facteur le plus ordinaire de leur stabilité et, comme le nom et l'enseigne, en reçoivent la totalité de leur valeur. Visant à permettre aux commerçants de battre monnaie sur la valeur qui résulte de la réaction entre les éléments du fonds de commerce, le législateur devait forcément envisager surtout ceux d'entre ces derniers qui présentent le plus

(1) Cf. Percerou, Note sous Rouen, 14 novembre 1908, D. 11. 2. 313.

habituellement l'affinité la plus intime avec les rapports commerciaux, origine de cette réaction.

Il a, d'ailleurs, laissé dans chaque cas particulier à la volonté des parties intéressées le soin de fixer la composition du fonds (1), en donnant ou en retirant l'affectation commerciale aux biens susceptibles de la recevoir, ne restreignant cette liberté qu'en matière de gage (2).

SECTION II

RECHERCHE DE LA NATURE DU FONDS DE COMMERCE PAR L'EXAMEN DE SA COMPOSITION ET DE LA CONDITION JURIDIQUE DE SES ÉLÉMENTS

La composition du fonds de commerce est déterminée, ainsi qu'il vient d'être indiqué, par l'intention du commerçant (3) ; il conserve le pouvoir de la modifier, soit en y introduisant des éléments nouveaux, soit au contraire en disposant de ceux qui en font partie, tant que des tiers n'ont pas acquis sur le fonds des droits leur permettant d'exiger qu'à leur égard il ne subisse plus de changements.

Si cette intention ne s'est pas formellement exprimée, l'affectation commerciale permet de la présumer ; tous les biens qui concourent en fait à la réalisation du but poursuivi par les parties, doivent alors être englobés dans le fonds de commerce par présomption de leur volonté, pourvu que cette incorporation ne produise pas de résul-

(1) Comp. Com. Marseille, 9 juin 1909. J. C. M. de Marseille, 09. 1. 321.

(2) Art. 9, al. 1^{er}.

. Cf. Cordelet, Proposition, J. O. 1905, Doc. Parl., Sénat, ann. 73, p. 154 (2^e colonne).

(3) Bouvier Bangillon, L. N. 1909, n° 418, p. 516 ; Cordelet, Proposition, J. O. 1905, Doc. Parl., Sénat, ann. 73, p. 154 (2^e colonne).

Pau, 29 décembre 1909, D. 13. 5. 41 — ; Com. Seine, 12 septembre 1908, G. T., 3 décembre 1908, p. 1052 (3^e colonne) — ; Seine, 10 janvier 1906, P. F. 07. 2. 150 (p. 151, 1^{re} colonne).

tats contraires à leur intention et qu'elle n'ait pas été écartée par une disposition légale. C'est ainsi qu'en matière d'usufruit on doit exclure du fonds de commerce les obligations nées de l'exploitation de l'usufruitier au cours de sa jouissance, parce que la solution inverse entraînerait des conséquences qu'il est inadmissible de ne point rejeter par présomption de la volonté des parties. C'est ainsi encore que le nantissement du fonds de commerce, le privilège et l'action résolutoire du vendeur sont limités par la loi d'une manière formelle et absolue aux seuls éléments ordinaires à défaut d'une expression précise de l'intention contraire des parties.

Chacun des éléments conserve sa nature et ses caractères propres (1), sur lesquels l'affectation commerciale demeure sans influence : ils entrent respectivement dans la catégorie des meubles ou des immeubles (2), des biens corporels ou incorporels (3), restent comme tels toujours soumis aux règles spéciales qui régissent ces différentes classes de biens dans un intérêt d'ordre public et peuvent être envisagés à tout moment dans leur individualité pour faire isolément l'objet de conventions particulières.

Il en peut résulter un démembrement fâcheux quand il y a lieu d'opérer dans le patrimoine du commerçant une division basée sur la nature mobilière ou immobilière de ses biens ou quand les immeubles ont fait l'objet d'une hypothèque (4). Il en résulte aussi que les meubles cor-

(1) Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 375, p. 487 et 488 ; Cendrier, n° 62, p. 21 ; Colin et Capitant, I, p. 695 et 696 ; Magnier et Pruvost, n° 31, p. 63 et 64.

(2) Valéry, A. D. C. 1902, n° 49, p. 276.

(3) Sur une application de l'article 2279 C. Civ. aux éléments mobiliers corporels, cf. Com. Lyon, 29 juillet 1914, D. 20. 2. 71.

(4) Pour éviter cet inconvénient, on a proposé de considérer le fonds de commerce comme un immeuble (Lavalette-Simon, p. 87 à 91) ; d'après cet auteur, on tendrait vers cette solution (p. 57 à 78).

Comp. sur le rapprochement entre les fonds et les immeubles : Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 24, p. 350 ; Gombeaux, A. D. C. 1913, p. 135 et 136.

porels peuvent être saisis ou donnés en gage suivant les règles du droit commun (1), que les principes de l'immobilisation par destination s'appliquent au matériel, que les mesures de publicité particulières à certains biens doivent être accomplies indépendamment des formalités imposées par la loi de 1909 (2) pour l'ensemble du fonds de commerce.

Néanmoins, la cohésion économique intime de ces éléments disparates, se manifestant par le phénomène d'interdépendance que nous avons analysé (3), amène, afin qu'ils demeurent étroitement unis toutes les fois qu'un intérêt légitime exige la conservation de la valeur née de leur groupement, à les considérer dans leur ensemble comme un bien, le fonds de commerce, qui possède une individualité juridique particulière (4) et peut être défini : *le bien patrimonial constitué par l'affectation à l'exercice du commerce d'un (5) ou de plusieurs biens, isolé et indivi-*

(1) Arg. loi du 17 mars 1909, art. 15, al. 1^{er}.

(2) Art. 24, al. 3 et 4.

(3) Cf. supra p. 35 sq.

(4) Aux arguments tirés de la loi de 1909 déjà invoqués p. 38 sq., adde : art. 9, al. 1^{er}, qui, combiné avec l'art. 8, al. 1^{er}, permet de comprendre le matériel dans le nantissement sans dessaisissement du débiteur. (Cf. Cass. Civ. 17 janvier 1910, D. 11. 1. 51 — ; Bourges, 24 février 1914, D. 15. 2. 83) ; art. 22, al. 1^{er}, qui n'accorde le droit de suite que sur le fonds considéré dans son ensemble et non sur les éléments séparés. (Cf. Cass. Req., 22 avril 1913, D. 13. 1. 225 et la note de M. Feuilleux, p. 226 et 227 — ; Jonzac, 10 décembre 1912, D. 13. 2. 163.

(5) Arg. art. 20, al. 1^{er}, permettant de procéder à la vente séparée d'un élément en vertu de la loi même organisant la vente des fonds de commerce.

En ce sens : Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 40, p. 355 ; Wahl, n° 323, p. 103.

Bourges, 24 février 1914, D. 15. 2. 83 et la note — ; Com. Marseille, 9 juin 1909, J. C. M. de Marseille, 09. 1. 321.

Comp. art. 33 nouveau, al. 1^{er}, de la proposition de loi concernant la vente et le nantissement des fonds de commerce. J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832. Fleury-Ravarin, Rapport, p. 109.

Contra : Cass. Civ., 17 juin 1918, R. G. P. 18 et 19. 1. 387 — J. C. M. du Havre, 18 et 19. 2. 35.

dualisé par l'établissement ou la simple probabilité de relations commerciales qui provoquent une plus-value et des réactions de valeur caractéristiques.

Ainsi composé de biens unifiés par leur commune destination et formant un tout susceptible de devenir un objet de droits, le fonds de commerce est une universalité (1).

Il s'ensuit qu'il constitue dans son ensemble une valeur abstraite, un bien incorporel, et qu'il n'est ni une chose fongible, ni une chose consomptible par le premier usage (2). Il paraît inutile d'insister sur ces divers caractères que l'on accorde presque unanimement au fonds de commerce ; tous se déduisent de l'idée d'universalité, dont l'étude de l'usufruit donnera l'occasion de développer les conséquences.

Mais les discussions deviennent très vives quand il s'agit de préciser la nature de cette universalité.

Plusieurs traits caractéristiques permettraient de

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740, n. 5 ; Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 10, p. 342 ; Cendrier, nos 62 et 63, p. 21 et 22 ; Gombeaux, p. 240 et 269 ; Hanus, n° 21, p. 28 ; Laurent, VI, n° 419, p. 529 et 530 ; Lèbre, n° 2, p. 3 et 4 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 240, p. 192 ; Proudhon, II, n° 1010, p. 469 et n° 1025, p. 480 ; Robert, Note sous Paris, 23 mars 1900, D. 01. 2. 97 (p. 100, 2^e colonne).

Cass. Civ., 26 janvier 1914, S. 20. 1. 27 — ; Cass. Req., 13 mars 1888, D. 88. 1. 351 — S. 88. 1. 302 — ; Cass. Req., 14 décembre 1842, D. R., v° Usufruit, n° 208, n. 2 — S. 43. 1. 22 — ; Caen, 29 juin 1901, J. C. M. de Bordeaux, 01. 2. 74 (p. 78) — ; Rouen, 25 juillet 1900, J. C. M. de Bordeaux, 01. 2. 33 — ; Paris, 4 janvier 1896, S. 97. 2. 89 — ; Aix, 12 mars 1878, D. S., v° Usufruit, n° 87, n. 1 — S. 78. 2. 265 — Com. Bordeaux, 19 mars 1902, J. C. M. de Bordeaux, 02. 1. 86 (p. 91) — ; Com. Bordeaux, 27 février 1901, J. C. M. de Bordeaux, 01. 1. 127 (p. 134).

Comp. cependant Thaller, A. D. C. 1889, II, p. 221 et 222, et Traité Élém., n° 86, p. 68 et 69 ; Wahl, n° 220, p. 85 et Note sous Paris, 26 février 1895, S. 97. 2. 89 (§ 1^{er}).

Sur la notion d'universalité : Gazin, p. 254 sq. ; Henry, p. 335 sq.

(2) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740 et n. 4 ; Baudry-Lacantinerie, Précis, I, n° 1581, p. 790 ; Catalan, p. 85 sq. ; Gombeaux, p. 258 à 260 ; Laurent, VI, nos 417 et 418, p. 526 à 529 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 242, p. 194 ; Mouchet, p. 69 et 70 ; Simon, p. 24.

l'assimiler à un patrimoine (1) : elle se compose de biens groupés par la communauté de leur affectation à un but bien déterminé qui en fait une masse à part fortement unifiée, qui prospère ou périclité d'une manière indépendante ; ces biens ne sont pas envisagés dans leur individualité particulière, mais considérés dans leur ensemble au point de vue de leur valeur pécuniaire totale ; on est d'accord pour y englober des obligations actives et passives, hésitant seulement quand il s'agit de déterminer quelle limite il convient de fixer à cette extension du fonds de commerce ; quelle que soit la solution adoptée sur ce dernier point, la valeur du fonds ne peut être calculée que déduction faite du passif qui figure dans sa composition (2) ; il comprend, enfin, des biens de nature différente qui demeurent soumis aux règles spéciales à la catégorie juridique dont ils font partie.

Mais nous avons vu que plusieurs dispositions formelles empêchent de lui reconnaître l'autonomie d'un patrimoine (3).

Il ne reste plus, dès lors, d'autre solution, pour mettre en harmonie la notion juridique et la notion économique du fonds de commerce, que de le considérer comme une fraction de patrimoine (4) constituant un bien unifié. Elle permet de lui donner, dans la plupart des cas, la même extension que s'il était doué d'autonomie, mais ne laisse pas d'être imparfaite et de présenter des complications inutiles qu'une intervention législative, le dotant de l'indépendance juridique, fera probablement disparaître un jour.

Alors se posera sans doute la question (5) de l'organisa-

(1) Sur la notion de patrimoine, cf. Gazin, p. 116 à 120 et 478 et 479.

(2) Comp. Gazin, p. 144 à 147 ; Plastara, p. 117 et 118.

(3) Cf. supra p. 124 et 125.

(4) Gazin, p. 145 et 146 et p. 358 ; Planiol, I, n° 2247, p. 687.

Comp. Henry, p. 181.

(5) Magnin, A. D. C. 1899, n° 10, p. 469 et 470 et n. 1, p. 470 ; Saleilles, A. D. C. 1897, n° 61, p. 39 et 40 ; Thaller, B. S. L. C. 1901-1902, p. 108.

Adde Gombeaux, p. 61 et 62 ; Plastara, p. 94.

tion d'une publicité, à laquelle l'institution récente du registre du commerce (1) pourrait servir de base, afin d'éviter les fraudes au préjudice des créanciers commerciaux ou des créanciers civils, en permettant de réaliser pratiquement la spécialité du gage.

(1) Loi du 18 mars 1919, J. O. du 19 mars 1919, p. 2853.

DEUXIÈME PARTIE

Ouverture de l'Usufruit

Cette deuxième partie comportera deux chapitres.

Nous y passerons en revue, d'abord, les cas dans lesquels la théorie de l'usufruit d'un fonds de commerce trouve à s'appliquer, insistant seulement sur la jouissance légale de l'article 384 du Code Civil pour montrer, contre certaine théorie, la possibilité d'y soumettre le fonds de commerce et les avantages que le mode d'exploitation qu'elle institue présente pour le mineur.

Ce sera l'occasion de développer l'intérêt pratique de notre sujet que nous avons seulement laissé prévoir.

Seules, seront étudiées dans ce chapitre, comme dans tous ceux qui le suivront, les difficultés qui tiennent à la composition et à la nature particulière du fonds de commerce, objet de l'usufruit, ou celles dont l'examen et la solution présentent l'utilité d'en préciser la notion ; au contraire, toutes les questions susceptibles de se poser sous le même aspect quel que soit l'objet soumis au droit de jouissance, ne seront pas même abordées : elles appartiennent à la théorie générale de l'usufruit et débordent du cadre que nous nous sommes tracé.

Le second chapitre sera consacré à la mise en possession de l'usufruitier, avec les moyens qui lui sont accordés pour l'obtenir, les garanties et les formalités qui l'accompagnent dans l'intérêt tant du nu-propriétaire que des tiers.

CHAPITRE PREMIER

MODES D'ÉTABLISSEMENT DE L'USUFRUIT D'UN FONDS DE COMMERCE

Comme tout autre usufruit (1), il peut avoir pour origine la volonté de l'homme ou la loi.

SECTION I

CAS D'USUFRUIT CONVENTIONNEL

En pratique, ils sont rares et la chose est aisée à expliquer parce que, constitué à titre onéreux, l'usufruit d'un fonds de commerce se présente comme singulièrement aléatoire et aussi, d'une façon générale, parce qu'il soulève des difficultés au milieu desquelles les parties ne se lancent généralement pas délibérément ; enfin, la gestion d'une entreprise commerciale, surtout s'il s'agit d'une maison importante, exige des aptitudes spéciales et entraîne des responsabilités et des risques qui écartent ou effraient un grand nombre de personnes.

Cependant, l'usufruit conventionnel peut se rencontrer dans plusieurs hypothèses, particulièrement en application de certaines conventions matrimoniales.

L'usufruit du mari s'exerce d'abord sur le fonds de commerce appartenant à la femme mariée sous le régime exclusif de communauté : tous les biens de la femme étant

(1) Art. 579 C. Civ,

alors soumis à son administration et à sa jouissance (1), il y a bien là un cas d'usufruit conventionnel qui, d'ailleurs, ne semble avoir donné lieu à aucune décision de jurisprudence, mais soulève une question souvent examinée en doctrine : si l'exploitation est assurée par la femme, dans quelle proportion le mari devra-t-il recueillir les bénéfices et supporter les dettes ? La détermination des règles de l'acquisition par l'usufruitier des bénéfices commerciaux, dont nous devons déterminer la nature, nous sera une occasion de proposer à la première de ces questions une réponse en harmonie avec la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée (2). Nous examinerons la seconde après avoir traité des effets à l'égard du nu-propriétaire des obligations contractées par l'usufruitier (3).

Sous le régime dotal, le mari devient également usufruitier du fonds de commerce appartenant à la femme et compris dans sa dot, à condition que le contrat de mariage ne contienne pas une estimation de ses éléments mobiliers ou, s'il en contient une, qu'il y soit expressément déclaré que cette estimation n'en fait pas vente (4) ; d'ailleurs, dans tous les cas et même si cette dernière clause est formellement insérée dans le contrat, le mari usufruitier pourrait, d'après la jurisprudence, aliéner le fonds de commerce dotal par application de la théorie qui lui permet de disposer de la dot mobilière, théorie qui paraît ici particulièrement peu acceptable (5). Les mêmes difficultés existent que sous le régime sans communauté pour l'attribution des bénéfices commerciaux au cas où la femme exploite elle-même le fonds de commerce.

Enfin, la communauté devient usufruitière du fonds de commerce demeuré propre à l'un des époux par suite de

(1) Art. 1530 à 1533 C. Civ.

(2) Cf. infra p. 207 sq.

(3) Cf. infra p. 283 sq.

(4) Art. 1549 et 1551 C. Civ.

Boutaud et Chabrol, n° 566, p. 553, n. 2.

(5) Cf. infra p. 185 et 186.

l'insertion au contrat de mariage d'une clause de réalisation plus ou moins étendue. Lorsque le fonds appartient à la femme et qu'elle exerce seule le commerce, la détermination des effets à l'égard du mari des engagements qu'elle contracte, se trouve compliquée par l'application des règles particulières aux régimes de communauté (1).

Ce sont là des hypothèses un peu en marge de l'usufruit ; ses principes s'appliquent cependant, mais modifiés sur bien des points par les dispositions particulières du titre du Contrat de Mariage et l'interprétation qui en a été donnée par la jurisprudence. Au contraire, il y a usufruit proprement dit dans les cas suivants.

L'apport en jouissance à une société constitue la société usufruitière et l'associé apporteur nu-propriétaire ; leurs rapports sont régis par les règles normales de l'usufruit, pourvu qu'il n'y ait pas eu estimation du fonds de commerce, car alors l'associé apporteur serait simplement créancier du prix (2), sauf si une clause formelle spécifiait que l'estimation n'a d'autre but que de régler l'étendue des restitutions, pourvu aussi qu'il résulte des circonstances de fait que l'intention des parties a été de constituer, au profit de la société, un droit réel d'usufruit et non de lui donner un droit personnel contre l'apporteur, analogue à celui du preneur contre le bailleur ; c'est là une simple question d'interprétation de volonté laissée à l'appréciation des juges.

La constitution d'usufruit par contrat de mariage, donation ou testament n'est pas non plus sans se rencontrer en pratique (3).

(1) Cf. infra p. 279 sq.

(2) Art. 1861, al. 3 C. Civ.

(3) Cass. Sect. Civ., 9 messidor an XI, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1, 1^{re} espèce — Merlin, R. v° Usufruit, § IV, n° VIII, p. 346 — ; Aix, 12 mars 1878, D. S. v° Usufruit, n° 87, n. 1 — S. 78. 2 265 — ; Toulouse, 18 décembre 1832, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1, 2^e espèce — D. 33. 2. 84 — S. 33. 2. 209 — ; Rouen, 5 juillet 1824, D. R. v° Usufruit, n° 206, p. 1665, n. 1 — S. 25. 2. 132.

Le plus souvent, une pareille disposition est faite au profit du conjoint survivant qui, déjà, était associé à l'exploitation du fonds. Mais ce cas même n'est pas très fréquent car, pour les motifs qui ont été indiqués plus haut, l'époux commerçant appréhende pour son conjoint les risques du commerce ; parfois même, il l'en écarte par une manifestation formelle de volonté.

Cependant, l'usufruit du conjoint survivant est appelé à se généraliser si l'usage, dès maintenant suivi dans l'Orléanais par la pratique notariale, s'étend à d'autres régions d'insérer dans tous les contrats de mariage, au cas d'adoption d'un régime de communauté, une clause permettant au survivant de conserver soit en pleine propriété, soit en usufruit, tout fonds de commerce ou d'industrie, quelle que soit sa nature, qui serait exploité en commun ou par l'un des époux seulement au jour du décès du prémourant. Cette stipulation, fréquemment employée depuis longtemps (1) quand l'un des futurs conjoints était commerçant, tend à devenir une clause de style même entre non commerçants ; ayant alors pour but de régler le sort des entreprises créées au cours du mariage, son utilité s'est fait sans doute plus vivement sentir depuis que la guerre a suscité tant de vocations commerciales, souvent tardives. Si le survivant néglige d'exercer son option dans un délai fixé au contrat, le fonds lui est attribué de plein droit ; au cas d'option pour la conservation du fonds de commerce, la valeur en est imputée sur les sommes pouvant revenir soit en pleine propriété, soit en usufruit au survivant, aussi bien dans la succession du prédécédé que dans la communauté ; ces règles ne sont pas modifiées en ce qui concerne la femme par sa renonciation à la communauté (2).

Bien que l'usufruit conventionnel tende ainsi à se géné-

(1) Planiol, III, n° 1333-3°, p. 207.

Cf. aussi une formule analogue à celle que nous commentons dans Rodière et Pont, III, p. 714 et 715.

(2) Ces détails sont tirés d'un contrat de mariage passé à Orléans le 9 septembre 1919, qui nous a été obligeamment communiqué par notre confrère, M. Trasbot.

raliser, le droit réel de jouissance n'en est pas moins établi le plus souvent sur un fonds de commerce non point contre la volonté des intéressés, nous espérons montrer qu'il constitue, au contraire, le moyen de réaliser leurs intentions, mais en dehors de leurs prévisions : il en est ainsi dans les cas d'usufruit légal, qu'il nous reste à examiner.

SECTION II

CAS D'USUFRUIT LÉGAL

L'usufruit du conjoint survivant se présente par application de l'article 767 du Code Civil, modifié par la loi du 9 mars 1891. Cette disposition attribue à l'époux survivant un droit d'usufruit sur les biens de son conjoint prédécédé toutes les fois que, se trouvant en présence d'enfants issus du mariage ou de parents au degré succcessible, il ne succède pas à la pleine propriété ; l'usufruit légal grève ainsi les fonds de commerce appartenant à des commerçants mariés qui prédécèdent sans en avoir réglé le sort par donation ou testament ; d'ailleurs, cette abstention de leur part est sans doute rare, car aucune des espèces que nous avons relevées dans la jurisprudence ne nous en a fourni d'exemple, à moins, hypothèse plus probable, que le cas se soit présenté sans donner, en pratique, matière à difficultés.

L'usufruit légal des père et mère, établi par l'article 754 du Code Civil, n'appelle aucune observation particulière ; l'hypothèse peut se réaliser lorsque le père ou la mère se trouve en concours avec des collatéraux de l'autre ligne sur la succession de son enfant prédécédé exerçant une profession commerciale ; il a alors l'usufruit du tiers des biens auxquels il ne succède pas en propriété et le fonds de commerce peut se trouver compris dans la portion dont la jouissance seule lui est ainsi dévolue.

La jouissance légale des père et mère, instituée par l'article 384 du Code Civil, paraît constituer le cas le plus fréquent d'usufruit légal ; un commerçant meurt laissant un enfant âgé de moins de dix-huit ans qui hérite de ses biens, ou bien un mineur recueille un fonds de commerce du vivant de ses père et mère, la mère survivante ou le père en aura la jouissance légale.

Dans ces hypothèses, le vœu du commerçant eût été, la plupart du temps, de ne transmettre le fonds au mineur que le jour où il aurait atteint l'âge (1) et acquis les aptitudes nécessaires pour lui succéder ; mais, avant tout, son intention et l'intérêt du mineur commandent que le fonds ne cesse pas d'être normalement exploité, afin d'en assurer la conservation jusqu'à ce que ces conditions soient remplies. L'usufruit de l'article 384 du Code Civil permet le mieux d'atteindre ce résultat en donnant aux père et mère le droit d'exploiter le fonds à leur profit, mais en les obligeant à le rendre en bon état au mineur à sa majorité commerciale.

La possibilité de cette solution a été contestée quand la tutelle est ouverte ; on a essayé de démontrer que la combinaison des articles 453 et 533 du Code Civil ne permettait pas au tuteur, usufruitier légal, d'exercer son droit sur un fonds de commerce en nature. L'article 453, disait-on, dispense bien les père et mère de vendre les meubles, s'ils préfèrent les garder pour les remettre en nature, mais, aux termes de l'article 533, le mot « meuble » ne comprend pas ce qui fait l'objet d'un commerce. Il en résulte que l'exception admise au principe de la vente des meubles du mineur en faveur des père et mère ayant la jouissance légale ne s'applique pas au fonds de commerce. Ils sont donc tenus de le faire vendre et s'ils contreviennent à cette obligation et le conservent en nature, l'estimation qu'ils en feront faire vaudra vente ; devenus alors propriétaires du fonds, ils en devront dans tous les cas au mineur, quand il

(1) Art. 2, C. Com.

atteindra l'âge de 18 ans, la valeur estimative et seulement cette valeur (1).

Cette argumentation n'est pas fondée ; d'une part, en effet, les articles 452 et 453 qui se complètent, le premier rendant obligatoire la vente des meubles du mineur, le second apportant une exception à ce principe en faveur des père et mère, n'emploient ni l'un ni l'autre ce terme au sens restreint déterminé par l'article 533 : ils s'appliquent à « tous les meubles ». Même si l'on considérerait, au moins dans certains cas, le fonds de commerce comme un meuble corporel, il pourrait donc être soumis à la jouissance légale des père et mère par application des articles 384 et 453, alinéa 1^{er}, du Code Civil combinés.

Mais il y a plus : comme on reconnaît que les articles 452 et 453 ne visent que les meubles corporels, pour tous ceux qui considèrent le fonds de commerce comme un bien incorporel, la question de l'application de ces articles ne se pose même pas.

Enfin, même si l'on admettait et l'application de l'article 453, et, dans cet article, l'interprétation restrictive du mot meubles conformément à l'article 533, il faudrait encore décider que la jouissance légale du fonds de commerce en nature est possible, car, envisagé comme une universalité de biens consacrés à une exploitation commerciale, il ne peut être compris dans « ce qui fait l'objet d'un commerce ». Certains de ses éléments présentent sans doute ce caractère, mais, considéré dans son ensemble, il est un instrument et non un objet de commerce.

L'article 384 permet donc incontestablement et dans tous les cas aux père et mère d'exploiter et de conserver le fonds échu à leur enfant mineur (2). Cette solution respecte

(1) Aix, 31 décembre 1806, S. 06. 2. 452.

Adde Rapport du conseiller Mesnard à la Cour de Cassation, précédant l'arrêt du 14 décembre 1842, D. R. v° Usufruit, n° 208, n. 2 (p. 1668, 1^{re} et 2^e colonnes).

(2) Boutaud et Chabrol, n° 8, p. 6 ; Thaller, Traité Elém. n° 452, p. 105.

Comp. Pau, 28 mars 1887, S. 88. 2. 117.

les intérêts du mineur puisqu'elle ne lui fait pas assumer les risques du commerce avant l'âge fixé par la loi, le père ou la mère, titulaire de la jouissance légale, devenant seul commerçant ; elle est, en outre, seule conforme aux principes de l'usufruit qui permettent à l'usufruitier de jouir en nature des biens sur lesquels porte son droit (1).

Une autre difficulté a été soulevée ; il a été jugé que la mère, tutrice et usufruitière légale, ne s'engage pas personnellement en exploitant le fonds de commerce échu par succession à ses enfants mineurs, parce que ce ne serait pas avec elle personnellement, mais avec la maison que les tiers auraient eu l'intention de traiter (2). Ainsi, l'usufruitier légal serait un simple gérant non responsable ; il ne deviendrait pas commerçant et, comme les mineurs ne peuvent pas l'être non plus, l'on se trouverait en présence d'un fonds de commerce sans commerçant.

Cette conséquence serait admissible si l'on pouvait voir dans la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire un être distinct qui fait le commerce (3) et continue à administrer le fonds qui s'y trouve compris. Mais, si l'on doit reconnaître que la succession bénéficiaire reste à l'état de patrimoine séparé, il n'y a ici aucun motif de l'isoler des

(1) *Contra* : Crouzet (p. 103 et 104), qui ne permet pas à l'usufruitier légal de conserver, malgré l'opposition du conseil de famille, le fonds de commerce échu au mineur.

(2) Lyon, 13 février 1890, A. D. C. 1890, I. p. 230.

(3) Thaller, A. D. C. 1894, II, p. 244 et 245. Cette thèse, admise par la cour de Rome (arrêt du 14 juin 1892), est proposée dans cet article à l'imitation de la jurisprudence française pour permettre de conserver au mineur le fonds de commerce de ses parents prédécédés. Mais, si elle est reconnue exacte, si l'on voit dans la succession acceptée sous bénéfice d'inventaire « la personne de nature commerciale nécessaire au fonctionnement régulier du commerce » (p. 248), le même point de vue doit être maintenu au cas où une succession également acceptée sous bénéfice d'inventaire est soumise à la jouissance légale de l'art. 384 ; cette dernière circonstance ne peut enlever à la succession la personnalité qui lui était tout à l'heure attribuée.

Cette conséquence n'est pas admise par M. Thaller ; il enseigne qu'au cas de jouissance légale le fonds est conservé au mineur

sujets des droits qui la composent, les mineurs pour la nu-propriété et l'usufruitier légal pour la jouissance.

La même conséquence se justifierait encore si l'opinion avait prévalu qui considère le fonds ou la maison de commerce comme sujet de droits indépendant de la personne du commerçant ; mais il y a une confusion évidente à vouloir faire du fonds de commerce, qui n'est qu'un ensemble de biens, objet de droits, le sujet de ces mêmes droits, alors surtout que leur sujet réel est si facile à découvrir (1) ; et quant à la conception de la maison de commerce distincte du fonds qui constituerait son patrimoine (2), inspirée par l'observation de grands établissements employant un nombreux personnel, dans lesquels s'estompe la personnalité du commerçant, elle ne convient pas du tout au petit fonds de commerce exploité sans le concours de collaborateurs et nous semble, par cela seul, condamnée.

En réalité, il faut donc dire que les père et mère puisent dans leur droit de jouissance le pouvoir corrélatif d'administrer le fonds de commerce et deviennent commerçants, de même d'ailleurs que tout autre usufruitier (3), parce que les actes du commerce auquel ils se livrent habituellement, sont accomplis par eux dans leur propre intérêt et en leur nom personnel et qu'ils en assument les risques. Le mineur, au contraire, simple nu-propriétaire, reste absolument étranger au commerce jusqu'à ce qu'il ait atteint l'âge de dix-huit ans ; à ce moment, il retrouve le fonds en état d'exploitation et ne court, en attendant, aucun

par la simple application de l'usufruit, conformément à l'article 384. (Thaller, *Traité Elém.* n° 152, p. 105 et *A. D. C.* 1896, n° 15, p. 204 et 205).

Comp. Crouzet (p. 63 à 87), qui rejette la théorie proposée par M. Thaller à la suite de la cour de Rome.

(1) Cf. Saleilles, *Personnalité juridique*, p. 474 sq. (en particulier p. 478) et p. 550.

(2) Valéry, *Contrats par correspondance*, n° 263 *bis*, p. 243 et 244 et *A. D. C.* 1902, n° 4 et 5, p. 211 et 212 et n° 46, p. 274.

(3) *Cass. Req.*, 29 janvier 1883, *D.* 83. 1. 314 — *S.* 85. 1. 482.

risque, puisqu'au cas de faillite la nu-propriété du fonds peut être revendiquée en son nom contre les créanciers.

L'application de l'article 384 du Code Civil donne bien ainsi la solution la plus conforme à l'intérêt du mineur et à l'intention du commerçant qui, en lui laissant son fonds, a voulu que l'exploitation en pût être continuée par lui (1), si toutefois le jeu des règles de l'usufruit permet d'atteindre ce but.

(1) Il est vrai que si, à dix-huit ans, le mineur n'a pas les aptitudes nécessaires pour exploiter le fonds de commerce, la même difficulté se présentera : la jouissance légale ayant pris fin, les père et mère cesseront d'être commerçants et ne pourront pas conserver le fonds et l'administrer pour le compte du mineur, car il serait inadmissible que ce dernier devint commerçant malgré lui non seulement en l'absence d'un texte formel, mais à l'encontre de l'article 2 du Code de Commerce, puisque, par hypothèse, les formalités prévues par ce texte n'auraient pu être remplies. Il ne restera alors d'autre ressource que de louer le fonds, solution bien moins avantageuse pour le mineur. L'opinion contraire, d'après laquelle l'article 2 du Code de Commerce ne s'opposerait pas en droit à la gestion par le tuteur du fonds de commerce échu à un mineur qui deviendrait commerçant, a cependant été soutenue (Crouzet, p. 52 à 60). Nous nous bornons à indiquer cette difficulté qui est en marge de notre sujet.

CHAPITRE DEUXIÈME

ENTRÉE EN JOUISSANCE DE L'USUFRUITIER

Nous avons à étudier ici le droit de l'usufruitier d'exiger la délivrance du fonds de commerce avec les actions qui le sanctionnent, les obligations qui s'imposent à lui avant son entrée en jouissance, enfin les mesures édictées par la loi dans l'intérêt des tiers à l'ouverture de l'usufruit.

SECTION I

DÉLIVRANCE DU FONDS DE COMMERCE

L'usufruitier d'un fonds de commerce possède les actions habituellement accordées au titulaire d'un droit réel de jouissance.

L'action confessoire lui appartient dans tous les cas contre toute personne mettant obstacle à l'exercice de son droit, nu-propiétaire ou tiers en possession du fonds ou de l'un de ses éléments, s'en prétendant lui-même propriétaire ou usufruitier ; il peut l'exercer au début et la conserve, au cas de trouble, pendant toute la durée de sa jouissance.

L'action personnelle en délivrance lui permet d'exiger du nu-propiétaire, tenu de le laisser se mettre en possession du fonds tel qu'il existait au moment de l'ouverture de son droit, qu'il ne retienne aucun des éléments qui entraient dans sa composition à cette époque et qu'il s'abs-

tienne d'en faire lui-même usage pendant toute la durée de l'usufruit (1).

L'action en garantie, enfin, est accordée à l'usufruitier contre le constituant suivant les règles du droit commun toutes les fois que la constitution d'usufruit peut être assimilée à une vente, c'est-à-dire quand elle a lieu entre vifs à titre onéreux (2).

Il peut également l'exercer contre le vendeur de qui le constituant tenait le fonds de commerce ; elle lui appartient alors en vertu de l'obligation qui lui incombe de conserver la substance de la chose (3) et qui le suppose pourvu des moyens d'assurer cette conservation, à cause aussi de la position beaucoup plus favorable dans laquelle le place l'exercice de son droit de jouissance pour constater les manquements du vendeur à la garantie de la possession paisible et des vices, enfin en raison de l'intérêt qui existe pour lui de voir aboutir rapidement l'action en garantie et de l'impossibilité où il se trouverait, s'il ne pouvait l'exercer lui-même, d'obliger à agir le nu-propriétaire qui n'est pas tenu d'assurer, mais seulement de tolérer sa jouissance (4).

Ainsi, l'individualité conférée au fonds de commerce par la commune affectation des biens qui le composent permet à l'usufruitier de demander par une action unique la mise en possession de tous les éléments, au lieu d'en intenter une distincte pour chacun d'entre eux, ainsi qu'il serait forcé de le faire s'ils étaient considérés comme autant d'objets isolément soumis à sa jouissance.

Par ces actions, l'usufruitier peut exiger la tradition réelle des éléments corporels, immeuble commercial (5), matériel, marchandises, livres et correspondance ; pour

(1) Art. 578 et 599, al. 1^{er}, C. Civ.

(2) Art. 1625 sq. C. Civ.

(3) Art. 578 C. Civ.

(4) Art. 599, al. 1^{er}, C. Civ.

(5) Pour l'immeuble commercial et les créances, nous rappelons que nous avons cru devoir proposer leur incorporation au fonds de commerce.

certaines éléments incorporels, créances, marques, modèles et dessins déposés, il a le droit de demander la remise des titres ; en ce qui concerne les autres éléments incorporels, enseigne et nom commercial, il entre en possession par l'usage qu'il en fait.

La délivrance de l'achalandage, qui ne constitue pas un élément distinct, ne peut être opérée que par voie de conséquence : le propriétaire accomplit son obligation en mettant entre les mains de l'usufruitier les éléments auxquels il s'attache ou en lui permettant d'en jouir (1).

Quant à la clientèle, l'usufruitier a le droit d'exiger qu'il s'abstienne de tout acte susceptible de la détourner du fonds ; en particulier, il peut empêcher le nu-propriétaire de se rétablir, de visiter d'anciens clients même de bonne foi et sans se livrer à aucune manœuvre frauduleuse pour les attirer, car il « ne peut, par son fait, ni de quelque manière que ce soit, nuire aux droits de l'usufruitier » (2). Il peut, en outre, lui demander d'user à son profit des moyens appropriés et habituellement employés pour faire bénéficier un successeur des relations commerciales déjà établies et attachées à la personne du commerçant, en particulier, l'obliger à lui donner toutes les indications et recommandations utiles pour que les pratiques lui conservent leur confiance. Cette obligation positive exceptionnelle a pour origine la décision prise par le législateur de 1909, en conformité avec l'opinion presque unanime des auteurs et de la jurisprudence, de considérer que toute transmission du fonds de commerce comporte, sauf stipulation contraire, l'engagement par le prédécesseur de faire profiter son successeur de ses relations personnelles avec ses clients (3).

Les formes de la mise en possession à l'entrée en jouissance apparaissent ainsi aussi variées que le sont les éléments du fonds de commerce ; mais cette diversité, dont

(1) Cf. supra p. 25 sq.

(2) Art. 599 C. Civ.

(3) Comp. supra p. 31 et 32.

les mesures de publicité à accomplir à l'entrée en jouissance vont nous offrir un nouvel exemple, découle de sa nature complexe et de l'indépendance que conservent les biens qui le composent ; elle ne porte aucune atteinte à son unité.

SECTION II

OBLIGATIONS IMPOSÉES A L'USUFRUITIER AVANT SON ENTRÉE
EN JOUISSANCE POUR LA SAUVEGARDE DES DROITS DU NU-PROPRIÉTAIRE

Il s'agit des obligations de faire inventaire et de fournir caution, imposées à l'usufruitier par les articles 600 à 604 du Code Civil ; nous avons à examiner seulement les particularités que peut offrir l'application de ces dispositions à l'usufruit d'un fonds de commerce.

§ I : *Inventaire*

Il détermine l'objet si complexe et actuellement encore si mal défini sur lequel doit s'exercer le droit de jouissance ; par suite, plus qu'en aucun autre cas, il est utile à la fois pour prémunir l'usufruitier contre des réclamations injustifiées et pour assurer le nu-propiétaire de rentrer intégralement en possession. Aussi est-il indispensable de préciser dans l'inventaire quels sont les éléments du fonds de commerce, les quantités, les qualités et la valeur de chacun d'eux, puisqu'il doit servir de base aux restitutions à opérer à la fin de l'usufruit.

Mais l'estimation qui s'y trouve contenue n'a pas pour effet, à moins que les parties n'en aient clairement manifesté l'intention, de transférer à l'usufruitier la propriété de l'un quelconque des éléments du fonds de commerce (1).

(1) Laurent, VI, n° 423, p. 534 et 535.

Contra : Cass. Req., 14 décembre 1842, D. R. v° Usufruit, n° 208, n. 2 — S. 43. 1. 22 — ; Paris, 27 mars 1844, S. 44. 2. 529.

Celui-ci constitue une universalité qui doit être considérée dans son ensemble pour l'exercice du droit de jouissance et, comme telle, n'a pas le caractère de chose fongible. Cette solution présente un gros intérêt pratique au cas de faillite de l'usufruitier : si l'on admet que l'estimation vaut vente, le nu-propiétaire ne viendra à la faillite que comme créancier ; cette conséquence seule suffirait à condamner l'opinion contraire à celle que nous soutenons.

L'estimation des marchandises a pour but de fixer la limite au dessous de laquelle, dans les mêmes conditions d'exploitation, la valeur des stocks ne devra pas descendre (1).

L'estimation du matériel établit sa consistance et l'état dans lequel il se trouvait à l'entrée en jouissance ; elle détermine l'étendue de la restitution qui peut être exigée de l'usufruitier si les conditions d'exploitation ne sont pas modifiées à l'expiration de son droit.

Cependant, dans l'hypothèse de l'usufruit du mari sur le fonds de commerce dotal, il faut, en présence de l'article 1551 du Code Civil, décider que l'estimation, contenue au contrat, des éléments mobiliers lui en transfère la propriété si elle n'est accompagnée de la « déclaration que l'estimation n'en fait pas vente » ; c'est le contraire de la règle normale beaucoup plus favorable aux intérêts du nu-propiétaire. La femme dotale n'échappe à cette conséquence qu'en ce qui concerne les éléments immobiliers du fonds de commerce dont la propriété n'est point transportée au mari, s'il n'y en a déclaration expresse (2).

Malgré son importance, il faut décider que l'inventaire peut, suivant le droit commun, être remplacé par tout acte équivalent ; du moment qu'il n'a plus sa raison d'être, ce serait imposer à l'usufruitier des frais inutiles que d'exiger qu'il fût néanmoins dressé.

(1) Contra : Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 584, p. 382 et 383 ; Crouzet, p. 149.

Adde Demolombe, X, n^{os} 307 et 308, p. 257 et 258.

(2) Art. 1552 C. Civ.

En revanche, si le titre constitutif porte dispense de l'obligation de faire inventaire, cette dispense doit être strictement interprétée comme une simple exonération des frais ; le nu-propriétaire serait singulièrement imprudent s'il n'en faisait pas dresser un lui-même, car la valeur du fonds de commerce à l'entrée en jouissance, surtout des éléments incorporels, sera presque impossible à établir alors que l'usufruit aura duré peut-être pendant de longues années.

Il ne paraît pas possible d'autoriser le nu-propriétaire à user, à défaut d'inventaire, pour établir la composition et la valeur de la chose, de tout mode de preuve et même de la commune renommée dont l'emploi serait particulièrement dangereux dans l'hypothèse de l'usufruit d'un fonds de commerce.

Lorsque le législateur a jugé qu'il y avait lieu d'employer ces moyens exceptionnels, il en a prévu l'application par un texte formel (1) : l'article 1442 du Code Civil, en décidant que l'époux survivant qui aura négligé de faire inventaire de la communauté sera déchu de son droit de jouissance sur les biens de ses enfants mineurs et que la consistance des biens communs pourra être établie contre lui même par la commune renommée, donne à l'emploi de ce mode de preuve le caractère d'une sanction ; elle peut d'autant moins être étendue en dehors de l'hypothèse exceptionnelle qu'elle vise, que le nu-propriétaire n'est pas dépourvu de moyens pour exiger soit que l'inventaire soit dressé par l'usufruitier, soit, du moins, que ce dernier, s'il est dispensé d'en payer les frais, ne mette pas obstacle à son établissement ; il a le droit de refuser la délivrance ou, si l'usufruitier se trouve déjà en possession, d'exercer contre lui une action pour le contraindre, par exemple, au moyen d'une astreinte, à remplir l'obligation que lui impose l'article 600 du Code Civil.

(1) Laurent, VI, n° 503, p. 623 et 624 ; Planiol, I, n° 2863, p. 892.

Contra : Aubry et Rau, II, n° 229, p. 671 ; Colin et Capitant, I, p. 844 ; Demolombe, X, n° 472, p. 385 ; Hue, Commentaire, IV, n° 212, p. 266.

Mais il ne faut pas envisager d'autre sanction du défaut d'inventaire : il n'entraîne ni la déchéance de l'usufruit, ni même la privation des fruits qui sont dus à l'usufruitier du moment où son droit a été ouvert (1) ou, s'il a pour origine un legs à titre particulier, du jour de sa demande en délivrance (2).

Il convient de rappler ces principes parce que l'application de la distinction qu'entraîne le caractère complexe des bénéfices commerciaux (3) prive en apparence l'usufruitier d'un fonds de commerce d'une partie des fruits tant que, l'inventaire n'ayant pas été dressé, il n'est pas entré en possession ; jusqu'à ce qu'il ait pris en mains l'exploitation, il ne peut pas acquérir la portion du bénéfice qui constitue la rémunération du travail personnel du commerçant ; par suite, le retard dans la délivrance, provoqué par le non accomplissement de son obligation de faire inventaire, lui fait perdre cette portion du bénéfice ; mais, en revanche, tout ce qui n'est pas rémunération du travail lui appartient, suivant le droit commun, dès l'ouverture de l'usufruit (4) ou dès la demande en délivrance (5) ; comme cette seconde portion constitue seule un fruit, il est bien exact de dire que l'ajournement de la délivrance, conséquence et sanction du défaut d'inventaire, n'entraîne pas perte des fruits.

§ II : *Caution*

L'usufruitier d'un fonds de commerce doit donner caution dans les mêmes conditions que tout autre usufruitier. Les mêmes exceptions, les mêmes dispenses et les mêmes facilités pour remplacer cette sûreté par des garanties équivalentes lui sont applicables. Le retard à donner caution permet au nu-propriétaire de refuser la délivrance,

(1) Art. 604 C. Civ.

(2) Art. 1014 C. Civ.

(3) Cf. infra p. 211 à 213.

(4) Art. 604 C. Civ.

(5) Art. 1014 C. Civ.

mais ne prive pas plus l'usufruitier des fruits auxquels il a droit que le retard à faire inventaire.

La seule question délicate consiste dans le choix de la mesure à adopter lorsque l'usufruitier d'un fonds de commerce ne peut fournir ni caution, ni sûreté équivalente ou que, ne trouvant pas de caution, il ne peut se mettre d'accord avec le nu-propiétaire sur le choix de la garantie à lui donner à la place. L'hypothèse n'est pas prévue par les articles 602 et 603 du Code Civil, qui déterminent les garanties à accorder au nu-propiétaire tout en maintenant le droit de jouissance de l'usufruitier. S'ils ne peuvent se mettre d'accord, le tribunal saisi du différend pourra-t-il faire choix à son gré d'une mesure conservatoire qui lui paraîtra particulièrement appropriée ou sera-t-il lié par analogie à l'une des solutions imposées par les articles 602 et 603 ?

Il convient, en tout cas, d'écarter l'application du 3^e alinéa de l'article 602 et de l'article 603, qui prescrivent la vente de l'objet soumis à la jouissance de l'usufruitier, car ces dispositions visent les denrées, qui peuvent bien constituer un élément, parfois même le plus important du fonds, mais avec lesquelles il ne saurait être identifié, et les meubles déperissant par l'usage, qui, représentés surtout par le matériel, peuvent souvent entrer pour une grande part dans la valeur du fonds, mais avec lesquels il ne se confond jamais, puisque, loin de déperir par l'usage, il puise dans une exploitation normale une prospérité toujours croissante. Logiquement, cette solution ne pourrait donc être admise que par ceux qui voient dans le fonds de commerce soit une chose fongible, soit une chose se détériorant peu à peu (1). En outre, elle est absolument contraire aux

(1) Elle est cependant admise par Baudry-Lacantinerie et Chauveau (des Biens, n° 666, p. 429) et par Aubry et Rau (II, n° 229, n. 20, p. 676) qui, pourtant, n'ont point cette conception du fonds de commerce (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 380 et Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740 et 741). Il est vrai que Baudry-Lacantinerie et Chauveau passent peut-être à côté de la difficulté puisqu'ils envisagent l'hypothèse de la vente du fonds sur

intérêts et aux intentions du nu-propriétaire et de l'usufruitier par le seul fait qu'elle les privera l'un et l'autre définitivement du fonds de commerce et qu'il leur sera normalement impossible de réaliser un placement aussi rémunérateur du prix provenant de la vente.

La seule manière de sauvegarder, sans nuire à l'usufruitier, les droits du nu-propriétaire, en lui conservant le fonds, est de le donner à bail à un locataire dont le choix peut être soumis au contrôle du tribunal ou de le confier à un administrateur, solutions indiquées par l'article 602, alinéa 1^{er}, pour les immeubles (1). Une nouvelle analogie entre ces derniers et le fonds de commerce ne serait pas pour nous déplaire : le législateur de 1804 a adopté cette disposition parce qu'il voyait dans la location le meilleur parti pour conserver les biens les plus importants et les plus précieux du patrimoine qui étaient alors les seuls immeubles ; l'évolution économique a aujourd'hui placé à côté d'eux et demain, peut-être, placera avant eux les fonds de commerce et d'industrie ; ne faut-il pas, dès lors, s'empresse de leur appliquer la même mesure, surtout s'il est possible de le faire sans présenter cette solution comme une assimilation des immeubles et des fonds de commerce, ce qui serait faux, car l'élément immobilier figure parfois dans la composition des derniers, mais n'en constitue généralement pas l'élément principal et en est souvent totalement absent ? (2).

L'initiative de l'usufruitier avec l'assentiment du nu-propriétaire ; ceux-ci sont donc d'accord ; or la question ne se pose que lorsqu'ils ne s'entendent pas et que les tribunaux ont à leur imposer une mesure qui sauvegarde leurs droits respectifs ; la solution serait-elle alors obligatoire pour les juges ? Ces auteurs ne le disent pas positivement ; mais on peut le supposer puisque c'est alors seulement qu'elle présenterait un intérêt.

(1) Simon, p. 174.

(2) La tendance se manifeste, d'ailleurs, de protéger les fonds de commerce de la même manière que les biens immobiliers ; une étape nouvelle sera, en particulier, franchie dans cette voie si, comme le lui propose la Commission du Commerce, la Chambre des Députés adopte sans modifications l'article 2 nouveau du projet de loi concer-

Lorsque l'usufruitier ne peut fournir ni caution, ni sûreté équivalente et n'est pas dispensé de le faire par la volonté des parties ou par la loi, le fonds de commerce doit donc, au cas où l'accord ne s'établit pas sur la mesure à adopter, être loué ou son exploitation, confiée à un administrateur ; et le loyer ou les bénéfices appartiennent à l'usufruitier ; cette mesure se justifie comme la plus conforme à l'intention et à l'intérêt des parties ; à ce titre, elle doit et peut être adoptée, car le législateur a seulement réglé le sort des meubles qui périssent ou se détériorent par l'usage ; s'il avait pu prévoir l'importance prochaine des fonds de commerce, il eut sans doute ajouté à son énumération, qui d'ailleurs n'est pas limitative (1), la garantie que nous proposons comme présentant le plus d'avantages et de sécurité.

SECTION III

FORMALITÉS IMPOSÉES A L'USUFRUITIER POUR RENDRE SON DROIT OPPOSABLE AUX TIERS

§ I : *Mesures s'appliquant au fonds de commerce envisagé dans son ensemble*

L'enregistrement, bien qu'il soit avant tout une mesure fiscale, peut figurer ici parce qu'il constitue le procédé le plus ordinairement employé pour donner date certaine, à l'égard des tiers, à l'acte qui en a fait l'objet.

Les lois des 28 février 1872 et 25 juin 1920, soumettant

nant la vente et le nantissement des fonds de commerce : cette disposition admet, dans le partage où se trouve compris un fonds de commerce, un privilège garantissant le paiement des soultes ou retours de lots, comme s'il s'agissait d'un immeuble (al. 4^{re}). J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832. Fleury-Ravarin. Rapport p. 12 et 13.

(1) Colin et Capitant, I, p. 816.

les mutations à titre onéreux de fonds de commerce à la formalité de l'enregistrement et aux taxes qu'elle entraîne, s'appliquent aux mutations d'usufruit.

La loi de 1872 marque, en effet, au point de vue de l'application des règles de l'impôt, une double assimilation, d'une part, des fonds de commerce aux immeubles, d'autre part, des mutations d'usufruit aux mutations de propriété des biens immobiliers ; il est donc logique d'admettre que, si elle n'a pas soumis formellement l'acte qui nous occupe à la formalité de l'enregistrement, il n'y a là qu'une omission, à laquelle il convient de suppléer.

L'article 24 de la loi du 25 juin 1920 corrobore cette opinion ; l'alinéa 1^{er} établit, il est vrai, le tarif applicable aux cessions de fonds de commerce sans viser explicitement la constitution d'usufruit ; mais l'alinéa 4 déclare soumettre les mutations de la propriété et de l'usufruit des navires à ce même tarif, auquel il renvoie expressément : la taxe à percevoir est donc la même quel que soit le droit, pleine propriété ou simple jouissance, ayant fait l'objet de la mutation, et cela aussi bien pour les fonds de commerce que pour les navires soumis au même régime par la loi.

C'est à l'acquéreur de l'usufruit ou de la nu-propriété qu'il appartient de requérir l'enregistrement, dans les délais fixés à trois mois de la date de la signature ou de l'entrée en possession, si la cession a été réalisée par acte sous-seing privé ou sans acte (1), et à dix ou quinze jours, si elle a été constatée par un acte établi par un notaire résidant ou non dans la commune où le bureau est établi (2).

Ces délais ne visent pas le cédant qui peut, par l'observation des formalités prévues par les alinéas 2 et 3 de l'article 14 de la loi du 23 août 1871, s'affranchir des pénalités de retard.

Naturellement, l'enregistrement n'est obligatoire que si les biens cédés forment un fonds de commerce selon la définition qui en a été donnée, sans, par conséquent, qu'au-

(1) Loi du 28 février 1872, art. 8, al. 1 et 2.

(2) Loi du 22 frimaire an VII, art. 20, al. 3 et 4.

cun élément soit indispensable, pourvu seulement qu'ils constituent une valeur économique bien déterminée.

D'ailleurs, si les législateurs de 1872 et de 1920 n'ont soumis à la formalité de l'enregistrement que le fonds de commerce, à l'exclusion des biens qui peuvent entrer dans sa composition, considérés individuellement, ils n'en ont pas moins établi dans cet ensemble des distinctions et appliqué des taxes différentes : le droit sur les marchandises n'est actuellement que de 1,25 % tandis que celui qui frappe les autres éléments mobiliers est de 5 % (1) ; les éléments immobiliers paieraient 10 % suivant le droit commun (2).

La législation fiscale fournit ainsi un exemple caractéristique de la distinction que nous rencontrerons souvent encore dans la suite de cet exposé entre le fonds de commerce et les éléments qui entrent dans sa composition : tandis que le premier seul est assujéti à la formalité de l'enregistrement, les seconds qui, envisagés isolément, y échapperaient tous à l'exception des immeubles, reparaissent quand il s'agit de déterminer le taux de la taxe à appliquer. Cette distinction est tout à fait conforme à la notion réelle du fonds de commerce qui, pour grouper des biens de nature différente et en constituer une valeur bien individualisée, ne fait cependant pas perdre à chacun d'eux ses caractères particuliers, de sorte qu'en l'absence de dispositions contraires ils restent soumis aux lois spéciales d'ordre public qui les régissent en raison de leur nature propre.

L'article 3, alinéa 1^{er}, de la loi du 17 mars 1909 rend obligatoire la *publication* de toute mutation d'un fonds de commerce accomplie entre vifs à titre onéreux ; bien qu'il ne vise dans sa lettre que les mutations en pleine propriété, il y a lieu d'étendre sa disposition aux transmissions d'usufruit, pour lesquelles les mêmes motifs existent d'exiger la publication : les créanciers du cédant doivent être mis

(1) Loi du 25 juin 1920, art. 24, al. 1 et 3.

(2) Loi du 25 juin 1920, art. 25, al. 1^{er}.

en mesure de faire valoir sur le prix de l'usufruit le même droit d'opposition que la loi leur confère sur le prix de la pleine propriété et de former une surenchère du sixième ; l'intention générale de calquer la loi nouvelle sur la législation de 1855 en matière immobilière ressort, en outre, des travaux préparatoires et du texte adopté et répond tout à fait au courant d'idées qui s'était manifesté pendant son élaboration (1).

En particulier, la publication de l'apport en jouissance d'un fonds de commerce à une société (2) est requise pourvu que l'apporteur ait entendu créer au profit de cette dernière un droit réel d'usufruit. Il est vrai que la sanction du défaut de publication édictée par l'article 7 est bien sévère quand la société n'a recueilli qu'un apport en jouissance ; mais cette sévérité, qui a d'ailleurs été reconnue excessive dans tous les cas, puisque le nouveau projet ne l'a même pas conservée lorsque l'apport du fonds de commerce a lieu en propriété (3), ne constitue pas une raison suffisante pour dispenser la société usufruitière de la publication, si l'on admet, comme il semble certain qu'on doit le faire, que cette formalité s'impose pour les mutations en usufruit comme pour les mutations en pleine propriété (4).

Contrairement à la transcription en matière immobilière, la publication s'applique aux attributions par partage, mais ne s'applique pas aux cessions à titre gratuit.

Le nouveau projet de loi en étend l'obligation aux dona-

(1) *Com. Seine*, 2 juin 1903, rapporté *J. O.* 1905, *Doc. Parl., Sénat*, ann. 73, p. 152 (2^e colonne).

Lesur, n° 496, p. 265 à 268.

(2) Il s'agit ici de l'apport à une société déjà formée. Si l'apport a lieu au profit d'une société qui se fonde, la seule publication requise est celle des articles 55 et suivants de la loi du 24 juillet 1867.

Cass. Civ., 26 mai 1914, *D.* 19. 1. 93 — *S.* 17. 1. 45.

(3) Proposition de loi concernant la vente et le nantissement des fonds de commerce, art. 8, *J. O.* 1921, *Doc. Parl., Chambre*, ann. 2832. *Fleury-Ravarin*, Rapport, p. 29 et 97.

(4) *Bosvieux*, *J. S.* 1910, p. 438.

Contra : *Wahl*, *J. S.* 1909, n° 11, p. 251, et peut-être *Bouvier-Bangillon*, *A. D. C.* 1909, p. 456 ; ce dernier auteur n'indique pas claire-

tions et même aux legs avec charges (1) et, dans tous les cas qu'il vise, il y aura lieu de décider par identité de motifs que les mutations d'usufruit doivent être publiées aussi bien que celles en pleine propriété.

De même que l'enregistrement, la publication doit être faite à la diligence de l'usufruitier (2).

§ II : Mesures s'appliquant à des éléments individuellement déterminés

Contrairement aux formalités qui précèdent, celles-ci ne doivent être remplies que si le fonds de commerce comprend certains éléments individuellement déterminés, visés par des dispositions particulières ; l'usufruitier peut être alors tenu soit de faire transcrire l'acte d'où il tient son droit, soit de le faire signifier aux débiteurs, soit, enfin, de prendre inscription à l'office national de la propriété industrielle.

Le projet de loi de la Société d'Etudes Législatives prévoyait la *transcription* intégrale des actes portant mutations de fonds de commerce sur un registre tenu au greffe du tribunal de commerce (3) ; mais ce mode de publicité n'a pas été adopté par le législateur de 1909 qui lui a préféré la publication.

En l'état actuel de la législation, si l'on admet que l'immeuble réunissant les conditions de l'affectation commerciale constitue un élément du fonds (4), il y a donc seulement lieu, par application de l'article 1^{er} de la loi du 23 mars 1855 (5), de transcrire les actes qui portent muta-

ment s'il écarte l'application de la loi à l'apport en jouissance assimilable à un usufruit ou au simple bail de jouissance.

(1) Art. 4, al. 1^{er}, J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832. Fleury-Ravarin, Rapport, p. 93.

(2) Arg. loi du 17 mars 1909, art. 3, al. 1^{er}.

(3) Projet, art. 14, B. S. E. L. 1903, p. 262.

(4) Cf. supra, p. 91 et 92.

(5) Cendrier, n° 74, p. 30 et 31.

tion d'usufruit d'un fonds de commerce comprenant un immeuble commercial ; par suite, la transcription n'est obligatoire et n'a d'effet qu'en ce qui concerne ce dernier. Un conflit peut alors se produire entre l'usufruitier et le tiers, créancier hypothécaire par exemple, qui a acquis du chef du propriétaire des droits sur l'immeuble. Contrairement à ce qui se passait au cas de conflit entre le créancier gagiste et le créancier hypothécaire (1), l'enjeu sera ici l'immeuble commercial lui-même avec ses accessoires, rarement le seul matériel immobilisé par destination ; la raison en est, d'une part, que la condition d'aménagement spécial d'un local afin d'y placer le matériel entraîne, en même temps que l'immobilisation de ce dernier, l'incorporation au fonds de commerce de l'immeuble lui-même et, d'autre part, qu'aucune disposition légale n'a exclu du fonds de commerce grevé d'usufruit l'immeuble commercial, ainsi que l'a fait, au cas de nantissement, la loi de 1909 (2) : aussi, lorsque le fonds de commerce comprend un matériel immobilisé susceptible de devenir l'objet d'un conflit entre l'usufruitier et un tiers ayant acquis des droits sur l'immeuble, ce dernier constitue lui-même un élément du fonds soumis à l'usufruit et c'est sur lui, dès lors, que le conflit s'élève.

La préférence doit, dans cette hypothèse, être réglée d'après la date de la transcription (3).

Si les titres d'acquisition de l'usufruitier ou du tiers échappaient au domaine de la loi du 23 mars 1855, il faudrait donner la préférence à celui d'entre eux dont le droit est le premier devenu opposable à l'autre même en dehors de l'accomplissement de toute mesure de publicité.

Il peut arriver exceptionnellement que le constituant ait manifesté l'intention d'exclure l'immeuble du fonds de commerce soumis au droit d'usufruit, tout en y comprenant le matériel.

(1) Cf. supra p. 64.

(2) Loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 1^{er}.

(3) Loi du 23 mars 1855, art. 1^{er}.

Logiquement, le conflit, alors limité au matériel immobilisé, comme au cas de nantissement (1), devrait être réglé par l'ordre des dates de la publication, d'une part, de la transcription ou de l'inscription, d'autre part. Mais le législateur de 1909, qui, en prescrivant la publication, ne faisait que régulariser la pratique en usage dans certaines villes pour sauvegarder les droits des créanciers du commerçant au cas de cession de l'entreprise, n'a pas envisagé cette mesure de publicité comme une condition nécessaire à la validité à l'égard des tiers de la transmission du fonds de commerce (2) ; la cession leur est opposable sans aucune publicité ; aussi l'usufruit portant sur le matériel doit-il être respecté par les titulaires de droits sur l'immeuble, pourvu seulement qu'il ait été déjà établi au moment où ces droits ont acquis leur validité à l'égard de l'usufruitier.

L'établissement d'un droit d'usufruit sur un fonds de commerce comprenant des créances donne lieu à l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 1690 du Code Civil, *signification aux débiteurs*, toutes les fois qu'il est assimilable à une cession, c'est-à-dire qu'il a été réalisé entre vifs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. En particulier, si parmi les éléments se trouve un droit au bail, le titre constitutif doit être signifié au propriétaire de l'immeuble commercial quand il n'est pas intervenu à la constitution d'usufruit (3).

Cette solution ne semble pas discutée en ce qu'elle impose à l'acquéreur d'un droit portant sur le fonds de commerce considéré dans son ensemble une formalité particulière à l'un seulement de ses éléments (4) ; mais elle se heurte à deux objections fondées sur l'application de l'article 1690 à l'usufruit des créances et sur l'extension des formalités qu'il prescrit en dehors du domaine de la vente.

(1) Cf. supra p. 62 sq.

(2) Arg. loi du 17 mars 1909, art. 3, al. 4 et 5.

(3) Cf. Huc, Cession des Créances, I, n° 281, p. 396 et n° 312, p. 445.

(4) Boutaud et Chabrol, n° 108, p. 118.

L'usufruitier, a-t-on dit, n'est pas propriétaire, par conséquent pas cessionnaire dans le sens de l'article 1690 (1) ; cette proposition ne semble pas admissible ; la constitution opère une sorte de transport (2) puisque l'usufruitier, tant que dure sa jouissance, a l'exercice des actions et possède sur la créance une portion du droit de propriété dont son usufruit est un démembrement.

La cession, a-t-on également soutenu en se basant sur la position qu'occupent dans le Code des articles 1689 et suivants, groupés en un chapitre compris dans le titre consacré à la vente, n'est que la forme de ce contrat particulière aux créances (3) ; et la nécessité des formalités prévues par ces textes doit être restreinte à l'hypothèse d'une vente de créances ; comme l'utilité de la signification ou de l'acceptation est la même, que la cession ait été réalisée à titre gratuit ou à titre onéreux, et comme le sens du mot embrasse toute transmission réalisée par acte entre vifs (4), nous ne nous arrêterons pas à cette objection, d'autant plus que le chapitre du Code Civil qui traite du transport des créances n'est pas composé avec une logique rigoureuse.

En revanche, il ne paraît pas possible d'imposer à l'usufruitier d'un fonds de commerce l'obligation de se conformer à l'article 1690 lorsque son droit a été établi par testament (5), bien que l'utilité en soit aussi pressante en ce dernier cas ; ce serait détourner de son sens le mot cession qui ne vise que les actes entre vifs. On doit seule-

(1) Laurent, VI, n° 415, p. 524 et 525.

(2) Baudry-Lacantinerie et Saignat, Vente et Echange, n° 753, p. 797 et 798 ; Huc, Cession des Créances, I, n° 281, p. 396 ; Proudhon, II, n° 1034, p. 485 et 486.

Contra : Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 586, p. 384 ; Laurent, VI, n° 415, p. 524 et 525.

Cass. Civ., 3 mars 1868, D. 68. 1. 155 (solution implicite).

(3) Laurent, XXIV, n° 461, p. 451 et 452.

(4) Aubry et Rau, V, n° 359, p. 184 ; Colin et Capitant, II, p. 147 ; Planiol, II, n° 1605, p. 523.

(5) Contra : Huc, Cession des Créances, n° 281, p. 396 et 397 ; Proudhon, II, n° 1036, p. 486 et 487.

ment alors conseiller à l'usufruitier, aussitôt son droit ouvert, d'avertir le débiteur qu'il aura désormais à se libérer entre ses mains, afin d'éviter le risque qui pourrait résulter pour lui, par l'application de l'article 1240 du Code Civil, d'un paiement fait de bonne foi entre les mains du créancier apparent.

Lorsque le fonds de commerce comprend certains éléments que nous allons passer en revue, il appartient à l'usufruitier de remplir des formalités spéciales d'*inscription à l'office national de la propriété industrielle*, organisé par la loi du 9 juillet 1901.

La loi du 17 mars 1909 décide que les cessions à titre onéreux de brevets ou licences, compris dans la composition d'un fonds de commerce, doivent être, à peine de nullité à l'égard des tiers, inscrites à l'office national de la propriété industrielle (1) et qu'elles restent, en outre, comme les cessions de brevets envisagés isolément, soumises aux règles édictées par la loi du 5 juillet 1844 (2).

Par analogie, on doit également admettre que le cessionnaire à titre gratuit d'un fonds de commerce est tenu, en application de cette dernière loi, de remplir la formalité d'enregistrement du brevet au secrétariat de la préfecture du département dans lequel l'acte a été passé ou, s'il l'a été dans le département de la Seine, à l'office national (3), comme il le serait si le brevet seul lui avait été cédé (4).

Ces formalités s'imposent à l'usufruitier dans les mêmes conditions qu'au cessionnaire de la pleine propriété (5) : il y a lieu d'assimiler la constitution d'usufruit entre vifs à

(1) Art. 24, al. 3. Cette formalité est maintenue dans les mêmes conditions par l'art. 48 du nouveau projet destiné à modifier et compléter la loi de 1909. Réville, Rapport, J. O. 1919, Doc. Parl., Chambre, ann. 6682, p. 2386 (1^{re} colonne).

(2) Art. 24, al. 4.

(3) Loi du 5 juillet 1844, art. 20, al. 3 et 4 (modifié par la loi du 26 décembre 1908, art. 58).

(4) Pouillet, Brevets, n° 236, p. 242.

(5) Pouillet, Brevets, n° 200, p. 219 et 220 et n° 287, p. 281 et 282. Rouen, 2 janvier 1869, S. 69. 2. 300.

la cession prévue par les lois des 5 juillet 1844 et 17 mars 1909 ; et cette assimilation paraît particulièrement opportune pour les brevets dont la limitation de durée à quinze ans au maximum crée le plus souvent, en fait, une équivalence entre l'usufruit et la pleine propriété par l'expiration de la période de protection avant la fin de la jouissance.

D'ailleurs, la loi du 26 juin 1920 a élargi et confirmé l'obligation de l'usufruitier ; il est désormais tenu d'une façon certaine (1) de faire inscrire à l'office national la mutation, origine de son droit, que ce droit ait été établi entre vifs ou à cause de mort (2), à titre gratuit ou à titre onéreux (3).

Il n'en serait autrement, d'après une jurisprudence d'ailleurs critiquable (4), que si l'acte établissant l'usufruit était un apport du fonds de commerce en jouissance à une société : il a été jugé que l'apport même en pleine propriété ne constitue pas une « cession », parce que l'apporteur conserve sur le brevet qui s'y trouve compris un droit indivis (5).

Les marques de fabrique ou de commerce donnent également lieu, par application de la loi du 17 mars 1909, à la formalité de l'inscription à l'office national de la propriété industrielle au cas de cession à titre onéreux du fonds de commerce dans lequel elles se trouvent englobées (6) ; par suite, la constitution d'usufruit à titre oné-

(1) Arg. art. 4, qui rend l'inscription obligatoire même pour une simple concession de droit d'exploitation.

(2) Arg. art. 2, al. 2, qui, en visant le transfert par succession des marques, implique que l'énumération des cas de transmission de l'art. 2, al. 1^{er}, reproduite par l'art. 4, al. 1^{er}, comprend les mutations à cause de mort.

(3) Arg. art. 4, al. 1^{er}, qui ne fait pas de distinction.

(4) Lyon-Caen, Note sous Cass. Req., 19 juin 1882, S. 83. 1. 17 ; Pouillet, Brevets, n° 306, p. 294.

(5) Cass. Crim., 11 mars 1911, S. 14. 1. 115 — ; Cass. Civ., 22 mars 1898, D. 03. 1. 397 — S. 03. 1. 86 — ; Cass. Req., 19 juin 1882, S. 83. 1. 17.

(6) Art. 24, al. 3.

reux par acte entre vifs, assimilable à cette cession, doit être pareillement inscrite.

En outre, la même loi du 26 juin 1920, que nous venons de rencontrer à propos des brevets d'invention, a généralisé l'obligation de l'inscription des marques, l'étendant, comme pour ces derniers, à toutes les mutations en propriété ou en jouissance, à titre gratuit ou à titre onéreux, entre vifs ou à cause de mort sous la même peine de ne pouvoir opposer la marque aux tiers, si l'on a omis de remplir cette formalité (1).

Elle s'impose également pour les dessins et modèles industriels, mais seulement en exécution de la loi de 1909, si la constitution d'usufruit a eu lieu par acte entre vifs à titre onéreux (2).

Une certaine confusion résulte de l'application simultanée de ces lois particulières aux divers éléments du fonds de commerce en ce qui concerne les formalités d'inscription à l'office national de la propriété industrielle. Aussi ne sera-t-il peut-être pas inutile de préciser les règles qui viennent d'être posées.

Lorsque l'usufruitier tient son droit d'un acte passé *entre vifs et à titre onéreux*, il doit faire inscrire cet acte à l'office national pour être valablement saisi de tous les éléments du fonds de commerce que nous venons d'énumérer (3). En outre, pour pouvoir opposer aux tiers les brevets attachés au fonds, il doit faire enregistrer ce même acte au secrétariat de la préfecture si la constitution d'usufruit a eu lieu dans un département (4).

Si l'usufruit a été constitué *entre vifs à titre gratuit*, les mêmes formalités restent nécessaires, sauf pour les dessins et les modèles dont l'usufruitier est saisi sans publicité spéciale (5).

(1) Art. 2.

(2) Art. 24, al. 3.

(3) Loi du 17 mars 1909, art. 24, al. 3, loi du 5 juillet 1844, art. 20, al. 4 et loi du 26 juin 1920, art. 2 et 4.

(4) Loi du 5 juillet 1844, art. 20, al. 3.

(5) Même loi, art. 20, al. 3 et 4 et loi du 26 juin 1920, art. 2 et 4.

Enfin, si son droit a été établi à *cause de mort*, l'inscription à l'office national s'impose pour les marques et les brevets (1), mais non, pour ces derniers, l'enregistrement à la préfecture exigé seulement pour les actes entre vifs (2).

Les médailles et récompenses, enfin, donnent lieu à l'accomplissement d'une dernière formalité : l'usufruitier ne peut, sous peine d'encourir une amende de cinquante à trois mille francs, faire usage industriel ou commercial des récompenses faisant partie du fonds de commerce qu'à la condition de déclarer à l'office national l'acquisition de son droit (3). La généralité des termes de la loi, qui impose cette formalité à tout « successeur » du commerçant qui avait qualité pour se prévaloir de la récompense (4), permet d'étendre cette disposition à tout usufruitier, quelle que soit l'origine de son usufruit.

(1) Loi du 26 juin 1920, art. 2 et 4.

(2) Loi du 5 juillet 1844, art. 20.

(3) Loi du 8 août 1912, art. 3, al. 7 et art. 10.

(4) Loi du 8 août 1912, art. 3, al. 7 : Arg. des termes « toute cession ou transmission... doit être déclarée, ... ; à défaut de cette déclaration, le successeur ne peut faire usage licite ... »

TROISIÈME PARTIE

Exercice du droit d'Usufruit

Souvent l'usufruitier, qui n'a pas été préparé à l'exercice du commerce, ne veut ou ne peut pas prendre en mains l'exploitation ; aussi faut-il distinguer deux hypothèses, selon qu'il jouit par lui-même, ou non, du fonds de commerce.

Nous commencerons par la seconde, qui, examinée dans un premier chapitre, nous donnera l'occasion de préciser la nature du droit de l'usufruitier. Seules parmi les difficultés qu'elle soulève, les questions relatives à la répartition entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, d'une part, des bénéfices réalisés, d'autre part, des dettes contractées au cours de la jouissance, qui se posent seulement dans le cas où le mari usufruitier a abandonné à la femme nu-propriétaire l'exploitation, ne pourront être traitées dans ce premier chapitre, leur solution supposant, pour nous, résolu le problème de la nature du bénéfice : elles seront rattachées respectivement au sort des bénéfices (1) et aux effets des obligations (2).

Dans les deuxième, troisième et quatrième chapitres, qui forment un tout, nous étudierons l'exploitation du fonds de commerce par l'usufruitier lui-même.

(1) Cf. infra p. 206 sq.

(2) Cf. infra p. 279 sq.

En l'absence de toute règle positive spéciale à notre matière, c'est aux principes généraux qu'il faudra faire appel pour déterminer les actes que l'usufruitier peut ou doit accomplir au cours de sa jouissance. Aussi l'article 578 du Code Civil, qui, en définissant l'usufruit le droit de jouir de la chose comme le propriétaire lui-même, à la charge d'en conserver la substance, en pose les règles fondamentales, semblait-il tracer, pour cette partie de notre étude, le plan le plus rationnel ; et ce plan correspondait en même temps à la division adoptée par le législateur.

Mais il ne nous a pas paru possible de l'adopter, en séparant les droits et les obligations de l'usufruitier, plus intimement mêlés que dans toute autre hypothèse, parce que la nature particulière du fonds de commerce exige impérieusement qu'il exerce sa jouissance pour remplir son obligation de conserver. C'est uniquement par l'exploitation normale de tous les éléments suivant leur destination particulière que l'usufruitier entretient les rapports commerciaux qui provoquent les réactions d'où le fonds de commerce tire sa valeur et son unité. L'exploitation se présente ainsi sous le double aspect d'un droit, accordé à l'usufruitier corrélativement au pouvoir qui lui est reconnu de percevoir les bénéfices, et d'une nécessité, qui lui est imposée pour lui permettre d'accomplir son obligation de conserver la substance de la chose (1). S'il venait à l'interrompre, la clientèle se disperserait ; l'achalandage se détacherait du fonds.

Ce sont donc les règles de cette exploitation normale qu'il nous faudra tracer, en nous souvenant sans cesse que l'ensemble des biens affectés au commerce est seul l'objet de l'usufruit.

Il sera d'autant plus indispensable que cette idée domine toutes nos explications et demeure toujours présente, que la diversité des éléments entraîne des conséquences

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 742 et n. 8 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 ; Colin et Capitant, I, p. 798 ; Laurent, VI, n° 420, p. 531 et 532.

très différentes dans l'application à chacun d'eux des règles de l'usufruit. Pour la mettre plus vivement en lumière, nous aurions souhaité grouper les questions que soulève l'exercice du droit de jouissance d'une manière plus rationnelle, afin de mieux faire ressortir l'unité du fonds et le véritable but de notre étude, qui n'est pas d'examiner isolément l'usufruit des divers biens susceptibles de recevoir une destination commerciale, mais bien l'usufruit de l'universalité qu'ils constituent. Seul, le souci d'obtenir plus de clarté, en développant à part chacune des questions qui se posent pour chacun des éléments, nous a amené à adopter, non sans hésitations et sans regrets, un plan d'où résulte un morcellement inévitable.

Nous examinerons donc successivement, après l'acquisition des bénéfices, manifestation essentielle de la jouissance, les droits et les obligations de l'usufruitier par rapport aux divers éléments du fonds de commerce; pour terminer par l'étude des obligations qu'il contracte dans l'exercice de son droit : tel sera l'objet des trois derniers chapitres de cette partie, consacrés à l'exploitation par l'usufruitier.

CHAPITRE PREMIER

MODES DE JOUISSANCE OUVERTS A L'USUFRUITIER QUI N'EXPLOITE PAS LUI-MÊME

On peut se demander alors si l'usufruitier peut vendre le fonds de commerce, le louer ou céder son usufruit.

SECTION I

VENTE DU FONDS DE COMMERCE

Le fonds de commerce constituant une universalité, par conséquent un corps certain, est l'objet d'un usufruit véritable ; aussi faut-il refuser absolument à l'usufruitier le droit de le vendre, sauf au cas où les parties ont clairement manifesté la volonté de lui en transférer la propriété par l'estimation. Cette hypothèse exceptionnelle mise à part, il n'en devient pas propriétaire et peut seulement en jouir, mais non en disposer.

Cette solution, actuellement unanimement acceptée (1),

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 740 et 741 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 380 et 381 ; Boutaud et Chabrol, n° 403, p. 435 ; Cendrier, n° 63, p. 22 ; Colin et Capitant, I, p. 798 ; Gombeaux, p. 258 ; Hue, Commentaire, IV, n° 183, p. 231 ; Laurent, VI, n° 422, p. 532 à 534 ; Lèbre, n° 10, p. 14 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 242, p. 194 ; Simon, p. 173 ; Troplong, Contrat de Mariage, IV, n° 3163, p. 198 à 200.

Cass. Req., 14 décembre 1842, D. R., v° Usufruit, n° 208, n. 2 — S. 43. 1. 22 — ; Cass. Req., 10 avril 1814, D. R., v° Usufruit, n° 207, n. 1 — S. 14. 1. 238 — ; Aix, 12 mars 1878, D. S., v° Usufruit, n° 87, n. 1 —

a longtemps été rejetée par une partie de la jurisprudence (1) et de la doctrine (2), qui considéraient l'usufruit d'un fonds de commerce comme un quasi-usufruit établi sur les marchandises, choses fongibles.

Cependant, sous le régime dotal, bien que la femme demeure propriétaire du fonds de commerce, la jurisprudence accorderait au mari usufruitier le droit de vendre tous les éléments mobiliers, conformément au parti inébranlable qu'elle a pris de lui reconnaître le pouvoir d'aliéner la dot mobilière sans distinction entre la nature corporelle ou incorporelle des biens dont elle se compose (3).

Ce système a été combattu surtout sous son autre aspect quand il refuse à la femme le droit de disposition qu'il accorde si largement au mari, par la quasi unanimité de la doctrine (4) ; il est considéré comme défectueux en législation même par les auteurs qui l'approuvent en l'état actuel des textes (5) et semble particulièrement dangereux pour la femme commerçante, parce que le fonds représente toujours une partie importante de son patrimoine et que, s'il comprend à la fois des éléments immobiliers et des éléments mobiliers, le démembrement qui résulte de l'aliénation de ces derniers est susceptible de provoquer une

S. 78. 2. 265 — ; Paris, 22 mars 1834, D. 34. 2. 128 (2^e espèce) — S. 34. 2. 190 — ; Saint-Etienne, 8 mars 1892 sous Cass. Civ., 26 février 1894, S. 95. 1. 102.

Comp. Demolombe, X, n° 307, p. 256 et 257 ; Wahl, Note sous Cass. Civ., 26 février 1894, S. 95. 1. 102.

(1) Cass. Sect. Civ., 9 messidor an XI, D. R., v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1, 1^{re} espèce — S. 4. 1. 29 — Merlin, R. v° Usufruit, § IV, n° VIII, p. 346 — ; Toulouse, 18 décembre 1832, D. R., v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1, 2^e espèce — S. 33. 2. 209 — ; Rouen, 5 juillet 1824, D. R., v° Usufruit, n° 206, p. 1665, n. 1 — S. 25. 2. 132.

(2) Proudhon, II, n° 1010 à 1024, p. 469 à 480 ; Zachariæ (traduit par Aubry et Rau), II, n° 225, n. 2, p. 5.

Comp. du Caurroy. Bonnier et Roustain, II, n° 170, p. 109 ; Zachariæ (traduit par Massé et Vergé), II, n° 306, n. 3 et 8, p. 125 à 128.

(3) Cf. Arrêts cités R. A., v° Dot, n° 2147.

(4) Cf. Aubry et Rau, VIII, n° 537 *bis* et n. 5 et 6, p. 530.

(5) Colin et Capitant, III, p. 332.

dépréciation considérable de la dot immobilière dont le mari ne lui rendra aucun compte.

En outre, l'argument tiré de l'article 1549 en faveur du pouvoir d'aliénation du mari ne peut pas s'appliquer au fonds de commerce qui est une valeur permanente, bien plutôt assimilable à ce point de vue aux biens immobiliers qu'aux créances dotales que les tribunaux ont eues en vue en construisant leur théorie (1).

Un revirement de la jurisprudence paraît peu probable (2) ; pourtant, il semble que l'application logique des articles 1551 (3) 1554, 1561 et 1562 du Code Civil conduirait bien plutôt à refuser au mari usufruitier le droit d'aliéner (4) le fonds de commerce dotal et à autoriser, si l'on reconnaît que la dot mobilière est aliénable, la femme à disposer de sa nu-propriété. Il n'en est autrement, et l'observation confirme cette manière de voir, que lorsque le contrat de mariage contient une estimation du fonds de commerce (5).

Sous le régime exclusif de communauté et sous les régimes de communauté quand le fonds de commerce est demeuré propre à la femme en vertu d'une clause de réalisation, le mari usufruitier n'a pas davantage le droit de l'aliéner (6), l'opinion ancienne qui lui accordait le pouvoir de disposer des propres mobiliers de la femme (7) étant maintenant abandonnée (8).

(1) Cf., en particulier, Cass. Civ., 6 décembre 1859, S. 65. 1. 644 (Motifs p. 646).

(2) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, III, n° 1826, p. 630.

(3) Argument *a contrario*.

(4) Cf. Laurent, XXIII, n° 540 à 542, p. 528 à 537.

(5) Art. 1551 C. Civ.

Cf. *supra* p. 164.

(6) Contra : Paris, 11 mai 1837, D. 37. 2. 163 (3^e espèce) — S. 37. 2. 305 (3^e espèce).

(7) Pothier, XI, Communauté, I, n° 325, p. 292 à 294.

(8) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, I, n° 759, p. 693 à 701 ; Colin et Capitant, III, p. 154 et 155 ; Planiol, III, n° 1048, p. 114 et 115.

SECTION II

LOCATION DU FONDS DE COMMERCE

Deux questions se posent ici : faut-il accorder à l'usufruitier le droit de louer le fonds ? dans l'affirmative, quel sera l'effet du bail consenti par lui à l'égard du nu-propriétaire ?

Sur le premier point, la difficulté vient de ce que l'article 595, qui reconnaît à l'usufruitier le pouvoir « de donner à ferme » l'objet de son droit et règle la durée et les époques de renouvellement des baux par renvoi aux articles 1429 et 1430 du Code Civil, ne s'applique, dans l'opinion générale, qu'aux immeubles (1). On en conclut que l'usufruitier ne peut, en principe, louer les objets mobiliers soumis à son droit de jouissance et que si, par exception, il faut lui en donner le pouvoir pour ceux que leur nature ou l'habitude du propriétaire destinaient à être loués, la location consentie par lui n'est pas opposable au nu-propriétaire à l'expiration de l'usufruit (2). Tout le monde reconnaît, d'ailleurs, les inconvé-

Cass. Civ., 17 décembre 1872, D. 73. 1. 154. (Motifs p. 155, 2^e colonne) ; S. 72. 1. 421. (Motifs p. 423, (3^e colonne) — ; Cass. Req., 4 août 1862, D. 62. 1. 480 — S. 62. 1. 935.

Contra, cependant : Aubry et Rau, VIII, n° 522, n. 33, p. 332 à 334.

Cass. Civ., 21 juin 1870, D. 71. 1. 294 — S. 71. 1. 49. Cet arrêt reconnaît au mari le pouvoir de consentir, seul, une remise partielle de dette sur une créance propre de la femme ; mais les circonstances dans lesquelles cet abandon s'était produit, permettaient de l'assimiler à un acte de bonne administration : pour sauver le capital originellement engagé dans une société en situation incertaine, le mari avait renoncé à ce qui pouvait éventuellement revenir à la femme dans la liquidation et cette concession lui avait permis d'obtenir le remboursement immédiat.

(1) Contra : Laurent, VI, n° 470 et 471, p. 586 à 589.

(2) Aubry et Rau, II, n° 230, p. 694 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 537, p. 352 et 353 ; Colin et Capitant, I, p. 804 et 805 ; Demolombe, X, n° 300, p. 252 ; Hue, Commentaire, IV, n° 206, p. 260 ; Laurent, VI, n° 472, p. 589 et 590.

Comp. Planiol, I, n° 2801, p. 873.

nients de cette solution rigoureuse et l'impossibilité de l'appliquer en pratique : la menace de voir leur jouissance brusquement interrompue à l'expiration de l'usufruit écarterait tous les preneurs.

Ces inconvénients sont particulièrement graves quand le meuble grevé d'usufruit est un fonds de commerce.

Si l'on admet que l'article 595 ne vise que les immeubles et que la location des meubles peut être permise à l'usufruitier seulement au cas où, en les louant, il conforme son mode de jouissance à celui du propriétaire, parce qu'il s'agit de meubles destinés à être loués (1), il faut interdire à l'usufruitier du fonds de commerce la location qui n'en constitue pas le mode normal de jouissance. Mais alors, s'il est incapable de l'exploiter lui-même, ce qui se produira souvent parce que l'usufruit d'un fonds de commerce échoit le plus fréquemment en vertu d'une disposition de la loi (2) à des personnes bien peu préparées à le faire valoir, l'interdiction de louer aura pour résultat soit de priver l'usufruitier du bénéfice de son droit en l'obligeant à y renoncer, soit de le lancer dans une exploitation aussi désastreuse pour lui que pour le nu-propriétaire, soit, enfin, d'amener la vente afin que l'usufruitier exerce son droit sur le prix, solution contraire au vœu du propriétaire précédent qui comptait que son fonds de commerce serait conservé.

Si, en présence de la gravité de ces inconvénients et reconnaissant que la location par l'usufruitier constitue la seule solution satisfaisante, on lui accorde le pouvoir de la consentir, mais sans le faire bénéficier de la disposition contenue dans la deuxième partie de l'article 595 (3), la concession n'est qu'illusoire ; aucun locataire ne consentira à entreprendre une exploitation commerciale qui l'oblige à

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 537, p. 352 ; Colin et Capitant, I p. 804 ; Demolombe, X, n° 298 et 299, p. 248 à 252.

(2) Cf. supra p. 154 sq.

(3) Simon, p. 176 et 177.

exposer des capitaux et à contracter des engagements si, du jour au lendemain, il peut se trouver déchu de son bail.

De plus, si le fonds de commerce comprend des immeubles, le bail continuera à être opposable au nu-propriétaire en ce qui concerne ces derniers, tandis que le locataire perdra, à la fin de l'usufruit, la jouissance des autres éléments : le fonds sera démembre.

Cette dernière hypothèse est à rapprocher de celle où un fonds rural et un troupeau sont donnés à bail au même fermier par l'usufruitier. Si l'on acceptait la théorie généralement admise, le fermier conserverait la jouissance du domaine à la fin de l'usufruit, mais perdrait celle du troupeau qui lui sert à l'exploiter. Cette conséquence a fait reculer plusieurs auteurs ; ils décident que, dans ce cas, le bail de meubles durera après la fin de l'usufruit et suivra le sort du bail de l'immeuble dont ils le considèrent comme l'accessoire (1).

Mais il ne semble pas que l'application littérale de l'article 595, produisant des résultats aussi opposés aux intentions des parties qu'à la volonté du législateur, doive être acceptée.

Et d'abord, en admettant que le Code Civil ne permette explicitement à l'usufruitier de louer que les immeubles, l'on serait tenté, néanmoins, de lui accorder l'autorisation de louer le fonds de commerce qui peut parfois comprendre des éléments immobiliers et qui, surtout, par sa valeur, son importance économique, son caractère de fixité se rapproche des immeubles. Il ne constitue pas un meuble ordinaire et, s'il avait existé avec son organisation moderne au début du siècle dernier, les rédacteurs du Code l'auraient vraisemblablement assimilé sur ce point aux immeubles (2).

Tandis que les objets mobiliers peuvent souffrir entre

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 537, p. 353 ; Hue, Commentaire, IV, n° 206, p. 260 ; Laurent, VI, n° 473, p. 590.

(2) Certaines coutumes considéraient déjà le fonds de boutique comme immeuble. Cf. Hartmann, p. XLIX à LVIII.

les mains d'un locataire qui, sans commettre d'abus de jouissance, ne les traitera peut-être pas avec les ménagements qu'exige leur nature généralement plus fragile, tandis aussi qu'ils courent le risque d'être égarés ou détournés à passer de mains en mains, le fonds de commerce gagne à être exploité par un commerçant expérimenté et le plus grand danger pour le nu-propriétaire est de le voir demeurer aux mains d'un usufruitier inhabile au commerce ; la stabilité de ses éléments pris dans leur ensemble, jointe à leur caractère apparent, permet d'exercer une surveillance sur le locataire.

Enfin, le fonds de commerce et surtout le fonds d'industrie présentent beaucoup plus d'analogie avec certaines exploitations rurales qu'avec toute espèce de biens mobiliers : dans l'un et l'autre cas, l'exploitation consiste à acheter pour revendre et si les matières traitées et les produits obtenus diffèrent, les opérations effectuées et les risques courus sont de même nature. Dès lors, pourquoi refuser à l'usufruitier d'une exploitation commerciale le droit de louer accordé à l'usufruitier d'une exploitation rurale ?

Nous sommes d'autant plus portés à leur appliquer le même traitement et à permettre à l'usufruitier du fonds de commerce de le louer que la volonté du législateur de restreindre ce droit aux immeubles ne semble rien moins que clairement exprimée dans les articles 595, 1429 et 1430 du Code Civil.

L'on admet que l'article 595 vise aussi bien le cas d'un usufruit mobilier qu'immobilier lorsqu'il autorise l'usufruitier à céder son droit et, par conséquent, que cet article ne s'applique pas uniquement aux immeubles dans toutes ses dispositions. C'est donc l'expression « donner à « ferme » seule, qui, réservée aux immeubles, amène à exclure les meubles du droit particulier de location de l'usufruitier ; mais cette expression n'est pas employée dans son sens propre, ainsi que le prouve l'extension que l'on n'hésite pas à en faire aux maisons, alors qu'elle ne vise strictement que les héritages ruraux. Donner à ferme est

ici synonyme de louer et s'applique, dès lors, aussi bien à des meubles qu'à des immeubles.

Et quant aux articles 1429 et 1430, relatifs au pouvoir du mari de donner en location les biens propres de sa femme, le seul motif pour en restreindre la portée aux baux d'immeubles est également dans les expressions qu'ils emploient de « biens ruraux » et de « maisons » et dans leur silence en ce qui concerne les autres biens ; mais la loi semble avoir ici statué sur les cas les plus fréquents ; et si l'on admet, comme il semble exact de le faire, que l'article 1428 n'autorise pas implicitement le mari, simple administrateur, à aliéner les propres mobiliers de la femme (1), il faut bien leur appliquer les mêmes règles qu'aux immeubles pour la location, sous peine d'être amené à restreindre l'opposabilité des locations de meubles accomplies par le mari à la durée de son administration et à lui conférer ainsi, contrairement à tous les principes de notre législation, des pouvoirs moins étendus sur les meubles que sur les immeubles.

En définitive, la solution qui semble la plus pratique et ne se heurte à aucune impossibilité de texte est d'accorder à l'usufruitier d'un fonds de commerce le droit de le louer (2).

Il doit alors se conformer, pour la durée et les époques de renouvellement des baux, aux règles qui s'appliquent à la location des immeubles par l'usufruitier (3).

Le bail passé par lui n'est opposable au nu-propriétaire à la fin de l'usufruit qu'à condition de n'avoir pas une durée supérieure à neuf ans ; s'il excède cette durée, on le divise en périodes de neuf ans à compter de sa conclusion et le locataire a seulement le droit d'achever la période

(1) La majorité des auteurs et de la jurisprudence est en ce sens. Cf. supra p. 186, n. 8.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 412, p. 439 ; Crouzet, p. 130 et 163.

(3) Boutaud et Chabrol, n° 412, p. 439.

Cass. Req., 29 janvier 1883, D. 83. I. 314 — S. 85. 1. 482.

Sur la durée du bail seulement, Crouzet, p. 163.

en cours (1) ; enfin, l'usufruitier ne peut conclure un bail opposable au nu-propiétaire que dans les deux ans qui auront précédé la fin de son usufruit et accorder un renouvellement que dans les deux dernières années du bail de neuf ans en cours, à moins, toutefois, que le contrat ainsi passé n'ait reçu un commencement d'exécution avant la fin de l'usufruit. La règle adoptée est celle que le Code applique aux « maisons », auxquelles il est plus naturel d'assimiler ici les fonds de commerce : si, parmi leurs éléments, ils comprennent des immeubles, ceux-ci rentreront à coup sûr dans la catégorie des immeubles urbains ou « maisons » ; et il est plus rationnel d'appliquer à l'ensemble la règle convenant à l'une des parties que d'en adopter une tout à fait étrangère, celle qui vise les « biens ruraux », parmi lesquels on ne peut songer à classer les fonds de commerce (2).

SECTION III

CESSION DU DROIT D'USUFRUIT

Il n'existe aucun motif de refuser à l'usufruitier d'un fonds de commerce le pouvoir de céder son droit à titre gratuit ou à titre onéreux (3) et aussi de le grever d'un usufruit (4), toutes les fois qu'on le permet à un autre usufruitier.

Mais, suivant le droit commun, il ne faut pas reconnaître ce pouvoir aux père et mère ayant la jouissance

(1) En ce sens, dans un cas où l'usufruit portait sur un immeuble, Toulouse, 29 novembre 1915, D. 17. 2. 87.

(2) Si l'on appliquait la règle édictée par le Code pour des baux des biens ruraux, le locataire du fonds de commerce qui le tiendrait en vertu d'un bail passé ou renouvelé au cours de la troisième année précédant l'expiration de l'usufruit ou du bail en cours, pourrait se voir opposer par le nu-propiétaire la nullité de son droit en ce qui concerne les immeubles : le fonds se trouverait ainsi démembré.

(3) Art. 595 C. Civ.

(4) Art. 581 C. Civ.

légale du fonds de commerce appartenant à leur enfant mineur, parce que leur droit, attribut de la puissance paternelle, est attaché à leur personne et forme la contrepartie d'obligations dont ils ne peuvent se décharger (1) ; il en est de même du mari qui, sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal, a l'usufruit du fonds de commerce appartenant à la femme ou faisant partie de sa dot, parce que les bénéfices sont spécialement destinés à soutenir les charges du mariage auxquelles le mari ne peut se soustraire (2).

Quand la cession est permise à l'usufruitier, elle est soumise, selon les mêmes distinctions, aux mesures de publicité qui sont exigées pour la constitution d'usufruit et se rapportent soit à l'ensemble du fonds, soit à ses divers éléments (3).

Ses créanciers ont également le droit de saisir son usufruit toutes les fois qu'il est cessible.

(1) Art. 384 et 385 C. Civ.

(2) Art. 1530 et 1540 C. Civ.

(3) Cf. *supra* p. 169 sq.

CHAPITRE DEUXIÈME

EXPLOITATION DU FONDS DE COMMERCE PAR L'USUFRUITIER SORT DES BÉNÉFICES

La réalisation des bénéfices constitue, nous avons eu l'occasion de le remarquer en abordant cette étude, le but même de toute exploitation (1). A leur sujet, une double question se pose : doivent-ils être attribués à l'usufruitier et, du moins, dans quelle mesure ? comment s'acquièrent-ils ? La solution en est commandée par la nature du bénéfice commercial qu'il convient avant tout de déterminer.

SECTION I

NATURE DU BÉNÉFICE

Le bénéfice est l'excédent du prix de vente sur le coût de production ; cette définition rend exactement compte de son origine et suffit à la pratique commerciale, sans qu'elle éprouve le besoin de rechercher les causes qui ont contribué à sa formation. Elle permet de noter dès maintenant que, dans une entreprise fonctionnant normalement, le bénéfice, destiné à se reproduire par la répétition des actes de production et des ventes, présente l'un des caractères des fruits, la périodicité.

Dans le langage courant, il est le plus souvent entendu dans un sens plus large qui lui fait englober jusqu'à trois éléments étrangers, implicitement exclus par la définition qu'en donnent les économistes et correspondant précisé-

(1) Cf. supra p. 22.

ment à la rémunération des trois facteurs de la production : ce sont le loyer, que le commerçant propriétaire de l'immeuble est censé se payer à lui-même, comme il devrait le payer à un propriétaire s'il tenait cet immeuble en location, l'intérêt et l'amortissement du capital engagé dans l'affaire, lorsque ce capital lui appartient, calculé au taux auquel il serait obligé de l'emprunter à un prêteur étranger, le salaire, égal à celui qu'il donnerait à un gérant intéressé et responsable s'il ne dirigeait lui-même l'entreprise (1).

Ces trois parts du bénéfice *lato sensu* et, enfin, la quatrième qui, seule, correspond à la notion économique du profit, ne doivent pas être toutes soumises à des règles identiques en ce qui concerne leur attribution et leur acquisition. Si, pour les premières, la solution de ces questions est relativement simple, du moins en théorie, il n'en est pas de même en ce qui concerne le bénéfice proprement dit et la définition rapportée plus haut est insuffisante pour achever de décider s'il constitue un fruit du fonds de commerce ; il devient nécessaire d'en pousser plus loin l'analyse et d'en déterminer les causes.

§ I : Analyse du bénéfice

Tout le problème célèbre de la nature du profit se pose ici ; ce serait sortir du cadre de notre sujet que d'en entreprendre l'étude détaillée, mais il est impossible de ne point indiquer rapidement à quelles solutions vont nos préférences.

La part la plus importante et la plus fuyante est, dans le profit, celle qui a pour cause une foule de circonstances qui permettent de l'expliquer comme une rente différentielle ou comme le produit d'un monopole (2) : d'une part,

(1) Cf. Gide, II, p. 419 à 422 ; Landry, R. E. P. 1908, p. 241 et 242 ; Perreau, II, n° 700, p. 301 et 302.

(2) Cf. Gide, II, p. 429 et 430 ; Perreau, I, n° 323, p. 357 à 359. Comp. Colson, I, p. 320 à 323.

la situation de l'usine à proximité des matières premières permettant de produire à meilleur marché, de l'autre, celle de l'immeuble commercial dans un lieu imposant pour ainsi dire l'établissement à la clientèle, la possession d'un brevet, d'une marque, d'un nom commercial, créant au fonds de commerce des avantages analogues, ne sont que des exemples de ces circonstances favorables, causes incontestables du bénéfice. Ce qu'il est intéressant pour nous de noter, c'est que, prises en elles-mêmes, elles sont indépendantes de la personne du commerçant. Souvent elles lui sont absolument étrangères, comme l'exécution de travaux de voirie, la construction d'une gare à proximité d'un magasin qui ont placé l'établissement sur le passage de la foule ; et même quand, au début, le commerçant a su s'assurer des conditions favorables, par exemple, au cas d'acquisition d'un brevet ou d'une marque, leur effet s'exerce pour ainsi dire en dehors de lui. Tout au plus peut-il prétendre avoir apporté une amélioration au fonds de commerce. Le profit ainsi envisagé apparaît comme éphémère, puisque les circonstances qui l'ont fait naître sont sujettes à se modifier ; mais, tant qu'elles persistent, il se renouvelle sans cesse et n'a sur elles aucune influence destructrice.

L'habileté particulière du commerçant est parfois assimilée aux conditions favorables dont il vient d'être question et constitue incontestablement, en fait, un des facteurs les plus importants de la prospérité des entreprises ; une théorie, d'ailleurs trop absolue, y voit la cause même du profit (1) ; mais, quand il s'agit d'attribution, cette part des bénéfices, due à l'ingéniosité du commerçant, ne peut être regardée que comme un salaire et suivre le sort de ce dernier.

Le profit apparaît également comme une indemnité contre les risques courus par le commerçant (2), non pas

(1) Leroy-Beaulieu, II, p. 194 à 196.

(2) Perreau, II, n° 704, p. 307.

Contra : Landry, R. E. C. 1908, p. 246 à 251.

contre ceux auxquels sont exposés ses biens (ceux-ci sont couverts par la prime que constitue l'intérêt plus élevé attribué aux capitaux engagés dans les entreprises commerciales qui présentent de plus grandes chances de pertes), mais contre les risques qu'il court personnellement, en s'exposant lui-même aux déchéances qui seraient la conséquence d'une exploitation malheureuse. Ce risque conduit les commerçants à demander aux profits une plus large rémunération en maintenant plus élevé le prix de vente des marchandises ; il les incite aussi à développer dans leur travail de direction une ingéniosité plus grande que ne le ferait un gérant. La part du bénéfice fondée sur le risque, bien qu'elle doive être théoriquement distinguée du salaire, puisqu'elle n'est pas la rémunération d'un travail, s'en rapproche ainsi et en est, dans une certaine mesure, solidaire ; de même que le salaire, elle est absolument personnelle au commerçant et ne saurait lui être contestée : il n'existe aucun motif de l'en distinguer au point de vue de son acquisition.

Ainsi, il y a lieu de faire, en définitive, deux parts dans le bénéfice entendu *stricto sensu* :

L'une, dont la création peut être imputée au fait du commerçant, soit qu'il ait maintenu ses prix de vente au-dessus du coût de production pour se dédommager des risques courus, soit qu'il ait su employer son ingéniosité à les majorer ou à abaisser le prix de revient : cette part devra lui être acquise comme salaire.

L'autre, qui est le fait de conditions favorables, sociales ou économiques, auxquelles le commerçant est étranger : elle devra être assimilée soit à la rente de la terre, soit à l'intérêt des capitaux et traitée par suite comme fruit.

Si, alors, on revient à la notion élargie du bénéfice, il faut encore faire deux parts : la première, comprenant le salaire proprement dit et la portion du profit qui peut lui être assimilée, sera attribuée au commerçant comme rémunération de son travail ; la seconde, comprenant l'intérêt du capital immobilier et mobilier engagé dans l'entreprise

commerciale et la portion du profit résultant de conditions favorables qui peuvent être considérées soit comme constituant un capital supplémentaire mis gratuitement à la disposition du commerçant, soit comme augmentant la productivité des autres facteurs de la production, sera traitée comme fruit.

Pour cette dernière part, le caractère du bénéfice commercial est incontestable :

Il est l'accessoire d'une chose principale, le fonds de commerce, tellement que la notion de bénéfice ne saurait pas même se concevoir indépendamment de l'exercice d'un commerce ; et, ici, il ne faut pas objecter que les bénéfices commerciaux ne sont pas des fruits parce qu'ils peuvent dépasser le capital (1) ; sans compter que cette hypothèse est exceptionnelle, il serait facile de montrer que, parfois, des fruits auxquels on ne songe point à contester ce caractère, peuvent, sans changer de nature ni perdre leur qualité d'accessoires, présenter une valeur supérieure à celle des capitaux qui les ont produits.

La réalisation du bénéfice est conforme à la destination du fonds de commerce, puisque le commerçant n'a pas eu en vue d'autre but en entreprenant l'exploitation.

Il présente aussi un certain caractère de périodicité, puisqu'il se dégage par les ventes successives et se renouvelle régulièrement sauf aux époques de crises, qui peuvent être rapprochées des mauvaises années affectant les entreprises agricoles dont les bénéfices sont cependant expressément reconnus pour des fruits (2) par la loi même. Dans presque tous les commerces, les bénéfices varient avec les saisons, autre trait qui les rapprocherait des fruits naturels et industriels.

Enfin, ils n'épuisent pas le fonds (3), puisqu'avant de les prélever le commerçant doit avoir eu soin de mettre de côté somme suffisante pour assurer l'entretien et l'a-

(1) Bravard-Veyrières et Demangeat, I, p. 113 et 114.

(2) Comp. Thaller, A. D. C., 1896, p. 496 et 497, n^{os} 4 et 5.

(3) Thaller, A. D. C. 1896, p. 496, n^o 4.

mortissement des éléments sujets à dépérir. Il n'en serait autrement que s'il négligeait cette précaution ; mais il faudrait voir alors dans sa façon de procéder, à côté des prélèvements normaux de bénéfices, une série d'actes de disposition équivalant à de véritables aliénations partielles, auxquelles, seules, serait imputable l'épuisement du fonds.

Les bénéfices constituent donc pour une part des fruits ; mais il faut préciser maintenant quelle espèce : naturels, industriels ou civils.

La partie du bénéfice qui représente le loyer de l'immeuble commercial est incontestablement un fruit civil : c'est l'application pure et simple de l'article 584 du Titre de l'Usufruit.

Ce caractère doit s'étendre également à la partie du bénéfice qui correspond à la rémunération du capital mobilier engagé dans le commerce et à la portion du profit proprement dit qui n'est pas assimilable à un salaire ; en effet, il résulte du rapprochement des articles 547 et 583 et suivants du Code Civil que le législateur n'a eu en vue, quand il a établi les classes des fruits industriels et naturels, que les fruits produits par la terre avec ou sans le concours de l'homme. Tous les autres sont fruits civils. Cette interprétation est confirmée par le mode d'acquisition assigné par le Code aux fruits naturels et industriels et aux fruits civils (1) ; l'acquisition par la perception ne se conçoit que pour des fruits provenant directement de la chose elle-même, dont elle consiste à les séparer physiquement.

Les bénéfices commerciaux étant ainsi classés parmi les fruits civils, il n'y a pas lieu de leur appliquer la distinction faite par certains auteurs entre les fruits civils proprement dits et les fruits civils irréguliers (2), qui

(1) Art. 585 et 586 C. Civ.

(2) Demolombe, X, n° 280 et 281, p. 232 à 235 ; Proudhon, II, n° 911, p. 371 et 372.

s'acquerraient par la perception ; l'article 586 ne distingue pas et les motifs invoqués paraissent insuffisants pour introduire dans le Code une nouvelle classification qu'il a tout au moins ignorée puisqu'il précise que la règle de l'acquisition jour par jour s'applique à tous les fruits civils (1).

En outre, plus que tout autre revenu, les bénéfices commerciaux demandent à être calculés sur l'ensemble d'une période, puisqu'il est nécessaire, pour les établir, de connaître les frais exposés pour leur réalisation, qui s'échelonnent le plus souvent sur un certain laps de temps : dès lors, n'est-il pas plus exact au seul point de vue logique, en l'absence de tout texte contraire, de leur appliquer l'article 586, qui aboutit à un calcul annuel du bénéfice et à sa répartition proportionnelle ?

Enfin, en admettant que, dans les articles 582 et 586, le législateur ait témoigné avant tout du souci d'éviter à l'usufruitier l'obligation d'opérer la restitution des fruits perçus (2) et que l'on soit sûr d'atteindre ce but en introduisant, pour les bénéfices d'un fonds de commerce qualifiés de fruits civils irréguliers, la règle de l'acquisition par la perception, cet avantage ne compenserait pas les inconvénients que présente l'application de cette règle et, en particulier, l'injustice des résultats auxquels elle conduit : elle prive l'usufruitier de la totalité des bénéfices gagnés par lui en concluant les affaires qui les ont fait naître, mais non encore perçus à la cessation de l'usufruit.

Cette conséquence a amené d'autres auteurs à maintenir la classe des fruits civils irréguliers pour y ranger les bénéfices commerciaux, mais en décidant qu'ils ne seraient

(1) Arg. art. 586 C. Civ. : après avoir énuméré les fermages et les loyers, le législateur étend la règle « aux autres fruits civils ».

(2) Demolombe, X, N° 284, p. 234.

Si tel a été son but, le législateur a été mal inspiré en posant certaines règles et, en particulier, celle de l'acquisition jour par jour des loyers des maisons : comme, généralement, ces loyers se paient d'avance, l'usufruitier est presque toujours obligé de restituer une partie de ceux qu'il a perçus.

pas acquis par la perception : considérés comme la rétribution d'un travail, ils « appartiennent à ceux qui ont fait « et exécuté les conventions successives » qui leur ont donné naissance (1). Mais cette solution, exacte en partie, méconnaît la véritable nature du bénéfice commercial, à la fois salaire et fruit civil.

C'est cette notion qu'il convient de prendre pour base quand il s'agit de décider quels seront les droits de l'usufruitier sur les bénéfices et comment ils se répartiront entre lui et le nu-propriétaire au début et à la fin de sa jouissance.

§ II : Possibilité pratique de la séparation en deux parts du bénéfice

Sans doute, on éprouvera une certaine difficulté à faire la discrimination dans le bénéfice entendu *lato sensu*, entre la part qui doit être considérée comme un salaire, soit qu'elle corresponde à la rétribution normale que recevrait un gérant intéressé ayant des aptitudes identiques, soit qu'elle représente, en sus de ce traitement, la prime d'assurance contre les risques du commerce, et la part qui doit être assimilée à un fruit civil, soit qu'elle corresponde au loyer et à l'intérêt du capital engagé, soit que, pour le surplus, on lui attribue comme origine un ensemble de conjonctures favorables à l'exploitation du fonds.

Mais cette difficulté ne peut pas nous arrêter (2) ; la distinction est seule conforme à la nature économique du bénéfice commercial, aux principes du Code Civil sur l'acquisition des fruits et à l'équité. Ce sera une question de fait à résoudre dans chaque cas particulier.

Cette distinction n'est pas impraticable (3) ; la meilleure

(1) Aubry et Rau, II, n° 492, p. 290.

(2) Comp. Bernard et Bonnet, R. T. 1910, p. 28.

(3) Plusieurs auteurs soutiennent, cependant, que le partage est impossible : Guyot, p. 238 et 239 ; de Lesseps, p. 288 ; Morin, p. 168 à 170 ; Thaller, Traité Elém., n° 472 *bis*, p. 120, n. 1, et S. E. L., Séances, B. S. E. L., 1901-1902, p. 122.

preuve en est qu'il existe déjà de nombreuses applications d'une répartition des bénéfices fondée sur leur nature mixte :

Dans notre législation, la loi du 13 juillet 1907, décidant que seuls « les produits du travail personnel » (1) de la femme sont biens réservés, en a exclu toute une part des bénéfices du commerce exercé par elle avec des biens dont elle n'a pas la jouissance.

L'opinion contraire, il est vrai, a été soutenue par le rapporteur au Sénat (2) ; mais elle semble lui être demeurée personnelle et l'on ne saurait, en présence du texte, décider que la totalité des bénéfices est le produit du travail, contrairement à la réalité des choses, alors surtout que l'impression se dégage de l'ensemble des discussions que le Parlement a entendu obéir au courant (3) qui s'était dessiné à la Société d'Etudes Législatives et y avait fait substituer au projet primitif (4), excluant la femme commerçante du bénéfice de la loi sur le libre salaire, le projet de M. Saleilles, lui étendant la protection de cette

(1) Loi du 13 juillet 1907, art. 1^{er}, al. 1^{er} :

« Sous tous les régimes..., la femme a, sur les *produits de son travail personnel* et les économies en provenant, les mêmes droits « d'administration que l'article 1449 du Code Civil donne à la femme « séparée de biens. »

(2) Guillier, Rapport, J. O. 1907, Doc. Parl., Sénat, ann. 77, p. 55, 1^{re} colonne. Son opinion est suivie par plusieurs auteurs. — Cf. infra p. 208, n. 2. : auteurs cités comme adoptant l'opinion contraire à celle indiquée au texte.

(3) Après le projet Grosjean (J. O. 1905, Doc. Parl. Chambre, ann. 2280, p. 443, 3^e colonne, art. 1^{er}, al. 3), qui refusait complètement le bénéfice de la loi à la femme exerçant son commerce au moyen de valeurs fournies par le mari ou la communauté, a été présenté le projet Gourju, qui prévoyait formellement l'attribution à la femme de tous les bénéfices, quelle que soit l'origine des capitaux engagés (J. O. 1906, Doc. Parl., Sénat, ann. 304, p. 742, 3^e colonne, art. 2-3^e) ; mais le texte définitif n'a eu garde de reproduire cette disposition et, ainsi, l'ensemble des conditions au milieu desquelles il a été adopté précisent sa portée.

(4) Projet de la commission, art. 1^{er}, al. 3. (Tissier, Rapport, B. S. E. L. 1901-1902, p. 55.)

loi, mais seulement dans la limite où il y avait produit du travail personnel (1).

Quant à prétendre que, seul, le législateur aurait pu faire entre les deux parts du bénéfice une distinction applicable à chaque cas particulier (2), c'est méconnaître sa nature essentiellement variable, qui ne permet pas de statuer immuablement (3).

En Suisse, si le mari a donné sur ses biens personnels à la femme le capital nécessaire à l'exercice d'un commerce, c'est seulement la partie du bénéfice considérée comme résultant du travail qui fait partie du pécule de la femme (4).

Dès avant la loi de 1907, au cas où une exploitation commerciale faisant partie de la communauté avait été continuée par un des époux entre la dissolution de la communauté et sa liquidation, la jurisprudence admettait que les bénéfices seraient divisés en deux parts : l'une attribuée à l'époux comme dédommagement pour sa peine et pour ses risques, l'autre, à la communauté comme rémunération de son capital (5).

(1) Saleilles, *Projet*, B. S. E. L. 1901-1902, p. 205, art. 1^{er} : « Sont « biens réservés de la femme..... 3° les bénéfices retirés par elle d'un « commerce exercé avec des fonds dont elle a la libre disposition « ou, *s'il s'agit de fonds mis à sa disposition par le mari ou par la* « *communauté* sous le régime de communauté, ces mêmes bénéfices « *défalcation faite de la part correspondant aux fonds qui lui ont* « *été fournis.* »

Il est vrai que le projet définitif de la Société (B. S. E. L. 1901-1902, p. 464) ne reproduit pas la disposition due à M. Saleilles, mais il résulte de l'exposé des motifs que la suppression en a été faite seulement parce que l'on a considéré l'expression « produits du travail « personnel » comme assez explicite pour écarter des biens réservés tout ce qui, dans le bénéfice, n'est pas dû au travail de la femme. (Boistel, *Exposé des motifs*, B. S. E. L. 1901-1902, p. 458).

(2) Guyon, p. 86.

(3) Boistel, *Exposé des motifs*, B. S. E. L., 1901-1902, p. 458.

(4) Art. 191 du Code Civil Suisse et interprétation de cette disposition par M. Huber rapportée par Guyot, p. 213.

(5) Planiol, *Note* sous Paris, 21 février 1893, D. 93. 2. 465.

Cass. Civ., 23 mai 1905, D. 06. 1. 369 et la note de M. Boutaud —

Enfin, sous les régimes exclusif de communauté ou dotal, si le mari avait fourni à la femme des capitaux soumis à son droit de jouissance et lui avait ainsi permis d'exercer un commerce séparé, il y avait lieu à partage des bénéfices ; et cette ventilation ne semble pas avoir suscité de difficultés pratiques puisqu'on n'en trouve pas de traces dans la jurisprudence (1).

Dans toutes ces hypothèses, le mode et le fondement du partage des bénéfices que l'on a adoptés peuvent être différents de ceux que nous proposons, la possibilité pratique de ce partage ne s'en trouve pas moins démontrée.

SECTION II

ATTRIBUTION DES BÉNÉFICES

Il suffit maintenant de faire application à la matière de l'usufruit des règles qui résultent de l'analyse du bénéfice commercial.

L'usufruitier d'un fonds de commerce a droit, en cette qualité, à la portion du bénéfice, entendu dans son sens le plus large, que l'on a reconnue présenter le caractère de fruit.

La ventilation en sera aisée en ce qui concerne le loyer de l'immeuble commercial englobé dans la composition du fonds et soumis, par hypothèse, à l'usufruit : il suffira, pour l'évaluer, de prendre pour terme de comparaison le prix de location payé pour des locaux analogues par les commerçants exerçant la même profession dans le quartier ou la région envisagés.

S. 06. 1. 477 et la note de M. Tissier — ; Besançon, 21 janvier 1903, R. G. T. 03, 1^{er} sem, 2. 411.

Adde : Aix, 10 mai 1906, D. 08. 2. 401 ; il s'agit, dans l'espèce, d'un office ministériel, mais le principe de la répartition est posé.

(1) Cette dernière hypothèse, où il y a un véritable usufruit d'un fonds de commerce sera examinée. Cf. *infra* p. 207.

Quant à la part correspondant à la rémunération du capital, elle sera un peu plus compliquée à déterminer ; elle ne pourra pas être fixée à un taux uniforme, par exemple celui de l'intérêt légal en matière commerciale comme on l'a souvent proposé ou même décidé (1), car cette fixité est arbitraire et absolument contraire à la diversité que l'on constate dans la productivité des capitaux engagés dans les entreprises commerciales (2) ; ici encore, le mieux sera de procéder par analogie avec les entreprises de même nature et de même importance et d'attribuer au capital l'intérêt qu'elles sont obligées d'offrir pour trouver des prêteurs.

Enfin, il restera à isoler la part du profit proprement dit, dont l'origine remonte à un concours de circonstances favorables, indépendantes de l'activité et de l'habileté personnelles de l'usufruitier. C'est là que s'élèveront les plus grandes difficultés de fait ; cependant, une observation attentive permettra presque toujours de donner au problème une solution d'une exactitude suffisante, en attachant une importance plus ou moins grande à tel ou tel élément de prospérité suivant la nature du fonds : pour un café, dans le commerce de détail, la situation jouera un rôle important ; pour certaines maisons vendant des articles de consommation, ce sera la propriété d'une marque connue du public ; pour une fabrique, la propriété d'un brevet lui conférant une sorte de monopole (3).

(1) Guyon, p. 35 sq.

Cass. Civ., 23 mai 1905, D. 06. 1. 369 — S. 06. 1. 177 — ; Cass. Civ., 24 novembre 1869, D. 70. 4. 25 — S. 70. 1. 72 — ; Besançon, 21 janvier 1903, R. G. T. 03, 1^{er} sem. 2. 411. Ces arrêts ne statuent pas en matière d'usufruit, mais dans une espèce où il y avait également lieu à partage entre la communauté, propriétaire des biens, à qui devait revenir le bénéfice fruit, et l'époux ayant géré le fonds, à qui devait revenir le bénéfice salaire.

(2) Comp. Bernard et Bonnecase, R. T. 1910, p. 31 ; Boutaud, Note sous Cass. Civ., 23 mai 1905, D. 06. 1. 369 (p. 370, 2^e colonne et p. 371) ; Guibal, p. 186 ; Margat, p. 149 ; Thaller, A. D. C., 1896, n° 46, p. 206.

(3) Comp. supra p. 136 et 137.

Néanmoins, nous ne nous dissimulons pas la complexité de cette recherche de la source du profit proprement dit ; mais il semble que si, exceptionnellement, ceux qui auront la charge de faire ce départ ne parviennent pas à une précision suffisante, il leur sera possible, faisant appel à la notion classique qui voit dans le profit ce qui reste lorsque tous les facteurs de la production ont reçu leur légitime rémunération, de déterminer la portion assimilable à un fruit en faisant d'abord toutes les autres parts : le résidu ainsi isolé sera le profit cherché.

L'usufruitier n'a pas droit à autre chose comme conséquence de sa jouissance ; mais il gagne, comme rémunération de son travail et comme compensation du risque qu'il court, la portion du bénéfice assimilable à un salaire qui doit revenir à l'exploitant.

Son activité lui vaudra, d'abord, un tantième égal à celui qui, dans une entreprise analogue, devrait être abandonné à un gérant pour s'assurer ses services. La proportion ainsi allouée sera ensuite majorée en tenant compte à la fois des risques personnels courus par l'usufruitier, de l'habileté professionnelle et de l'activité particulière qu'il aura déployées sous la menace de ces risques et dans l'espoir aussi d'accroître ses gains : cette seconde part du profit sera encore délicate à fixer ; pour y arriver, il faudra considérer la nature et les périls du commerce et comparer les résultats obtenus par l'usufruitier et par ses prédécesseurs et ses concurrents.

La distinction du bénéfice fruit et du bénéfice salaire trouve à s'appliquer et permet, seule, de résoudre les questions qui se posent au cours même de l'usufruit dans un cas particulièrement curieux et intéressant, qui montre un usufruitier confiant au nu-propriétaire l'exploitation du fonds de commerce dont il a la jouissance et soulève, quant à la répartition entre eux des bénéfices et des dettes nées de la gestion ainsi organisée, des controverses qui ne sont point encore closes.

Le cas se présente lorsque, sous les régimes matrimoniaux attribuant au mari ou à la communauté l'usufruit des biens de la femme, un fonds de commerce a été apporté par cette dernière et que le mari, devenu usufruitier de ce fonds, lui a laissé le soin de l'exploiter (1).

C'est ainsi que, si les époux se sont mariés *sans communauté* et si la femme a conservé la gestion de l'entreprise commerciale créée au moyen de valeurs qui lui appartiennent et sont, par conséquent, soumises à l'usufruit du mari, il faut distinguer les deux parts du bénéfice, la première devant être attribuée à la femme en vertu de l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1907 (2), la seconde, au mari en exécution de l'article 1530 du Code Civil.

Sous ce régime, la question s'était posée dès avant le vote de la loi relative au libre salaire de la femme mariée, en raison du droit accordé au mari par le Code de percevoir les fruits des biens, mis non, disait-on, les produits de l'industrie de la femme, qui n'est pas un bien (3). Par là, on avait été amené à analyser la notion de bénéfice et trois solutions avaient été proposées : certains auteurs, s'en tenant à son caractère de fruit, l'attribuaient en totalité au mari (4) ; d'autres, frappés par l'importance du travail personnel du commerçant dans la création du bénéfice, soutenaient qu'il devait être acquis tout entier à la femme (5) ; d'autres, enfin, analysant plus exactement sa nature, arrivaient à des solutions voisines des nôtres et

(1) Rappelons que, logiquement, cette question aurait dû être examinée dans le précédent chapitre, mais elle se trouvait trop intimement liée à l'étude de la nature du bénéfice pour en être détachée.

(2) Cf. *supra* p. 202 sq.

(3) Arg. art. 1498, al. 2, C. Civ.

(4) Duranton, XV, n° 259, p. 298 et n° 295, p. 336 et 337 ; Laurent, XXIII, n° 433, p. 430 et 431.

(5) Aubry et Rau, VIII, n° 531, p. 403 et 404 ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, III, n° 1464, p. 13 ; Boistel, n° 100 bis, p. 77 ; Bravard-Veyrières et Demangeat, I, p. 111 à 115 ; Demolombe, IV, n° 316 et 317, p. 393 à 395.

partageaient le bénéfice entre la femme, qui en acquérait une portion comme rétribution de son travail, et le mari, à qui revenait l'autre comme usufruitier (1).

Depuis la loi de 1907, la première solution n'est plus possible puisque la femme a droit aux produits de son travail personnel et qu'il ressort des études et travaux préparatoires que le bénéfice de cette disposition s'étend à la femme commerçante. Restent les deux autres, entre lesquelles notre choix ne peut être douteux : à la femme la portion assimilable à un salaire, au mari celle qui présente le caractère de fruit (2).

Sous le *régime dotal*, si le fonds de commerce géré par la femme a été constitué avec des biens dotaux, les mêmes questions se posent et les solutions doivent être les mêmes que sous le régime exclusif de communauté sous le bénéfice d'une seule observation : la stipulation contenue au contrat de mariage que la dotalité frappera tous les biens présents et à venir de la femme, qui, avant la loi de 1907, aurait eu pour effet de rendre dotaux les bénéfices réalisés par elle, est nulle en ce qui concerne la part considérée comme un salaire (3), qu'elle acquiert comme bien réservé.

La plupart des auteurs rejettent encore le système auquel nous a conduit l'analyse du bénéfice ; les uns, refusant toute participation au mari, décident qu'il n'a droit à au-

(1) Lyon-Caen et Renault, I, n° 264, p. 309 ; Thaller, A. D. C. 1896, n° 16, p. 206.

(2) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, III, Supplément n° 11, p. 10 ; Bernard et Bonnet, R. T. 1910, p. 31 et 36 ; Guibal, p. 204 ; Guyon, p. 85 ; Perceau, p. 126 ; Pichon, R. C. 1908, p. 410 ; Sourdois, R. T. 1907, p. 583.

Adde Binet, Note sous Cass. Req., 25 octobre 1909, D. 10. 1. 257 (2^e colonne).

Contra : Cendrier, n° 216, p. 319 et 320 ; Guÿot, p. 245 ; Lacour, I, n° 122, p. 78 ; Lalou, n° 49, p. 52 à 54 ; de Lesseps, p. 288 et 289 ; Margat, p. 150 à 156 et p. 170 ; Morin, p. 175 à 179 ; Thaller, Traité Elém., p. 123, n. 1.

(3) Arg. loi du 13 juillet 1907, art. 1^{er}, al. 1^{er} : « A peine de nullité « de toute clause contraire portée au contrat de mariage. »

cun intérêt à défaut de stipulation spéciale ou de sommation (1) ; les autres, le considérant dès l'origine comme un prêteur, admettent simplement qu'il doit toucher au taux légal (2) ou à tout autre taux fixe (3) l'intérêt du capital dont il avait l'usufruit et qui se trouve affecté au commerce : dans le premier cas, la femme obtiendra toujours plus qu'il ne lui revient comme bénéfice-salaire ; il en sera généralement de même dans le second, mais il pourra aussi arriver, si les affaires sont moins prospères, que l'intérêt alloué au mari, si bas soit-il, absorbe plus que le bénéfice fruit ou même que la totalité du bénéfice (4). Sans doute, une convention formelle réalisant ce résultat pourrait valablement intervenir entre les époux au cours du mariage (5). Mais, dans leur silence, est-il admissible de leur prêter gratuitement l'intention de régler leurs rapports réciproques suivant un mode toujours différent de celui qu'a prévu la loi de 1907, susceptible même, en pratique, de priver la femme des droits que le législateur lui a formellement attribués ?

Quelques auteurs seulement donnent au mari, suivant le système auquel vont nos préférences, une part variable selon les résultats de l'entreprise (6).

Nous aurons à étudier comment ces diverses théories aboutissent à attribuer aux engagements commerciaux de la femme des effets différents à l'égard du mari ; leurs conséquences respectives à ce point de vue justifieront encore notre choix (7).

(1) Guyot, p. 245 ; Lalou, n° 40, p. 25 et n° 49, p. 48 à 55 ; Margat, p. 170 et 177 ; Morin, p. 178 et 179 ; Thaller, *Traité Elém.*, p. 423, n. 1 et 2.

(2) Guyon, p. 85.

(3) Sourdois, *R. T.* 1907, p. 583.

(4) Cf. Guyon, p. 90.

(5) *Arg. loi* du 13 juillet 1907, art. 1^{er}, al. 1^{er}.

Saleilles, *B. S. E. L.* 1907, p. 583.

(6) Bernard et Bonnet, *R. T.* 1910, p. 31 et 32 et p. 36 ; Guibal, p. 185 et 186, p. 204 et p. 214.

(7) Cf. *infra* p. 283 sq.

Une situation analogue peut se présenter depuis le vote de la loi de 1907 sous les *régimes de communauté* (1), lorsqu'un fonds de commerce a été apporté par la femme et exclu de la communauté soit par une clause de réalisation, soit par suite de l'adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts, ou lorsqu'il a été créé au cours du mariage au moyen de valeurs demeurées dans les mêmes conditions propres à la femme ; la communauté possède alors un droit de jouissance sur le fonds de commerce et, si le mari laisse à la femme le soin d'en assurer l'exploitation, la distinction du bénéfice en deux parts doit être faite (2). La portion assimilable à un fruit tombe définitivement en communauté ; la part qui représente le salaire de l'exploitant revient à la femme et entre dans la composition du pécule réservé, pour être partagée entre les époux avec le fonds commun si la femme accepte la communauté ou conservée par elle en totalité si elle y renonce.

L'hypothèse dont les divers aspects viennent d'être examinés, où le nu-propriétaire exploite le fonds de com-

(1) Il eût été peut-être plus naturel d'examiner la question de la répartition des bénéfices entre le mari et la femme d'abord sous les régimes de communauté, puis sous les régimes sans communauté et dotal ; la suite normale de notre exposé nous a fait préférer l'ordre contraire, qui est celui du développement de la controverse.

(2) Bernard et Bonmecase, R. T. 1910, p. 31 ; Guibal, p. 197 ; Guyon, p. 81 ; Perceau, p. 126 ; Pichon, R. C. 1908, p. 410 ; Sourdois, R. T. 1907, p. 583.

Cf. aussi Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, III, Supplément, n° 11, p. 10 ; Mesnard, L. N. 1911, n° 70, p. 351. Ces auteurs admettent formellement la ventilation des bénéfices en deux parts quand le fonds de commerce est un propre du mari ou un bien commun, mais n'ont pas envisagé le cas où il constitue un propre de la femme ; leur solution serait nécessairement la même dans toutes les hypothèses.

Contra : Guyot, p. 233 à 241 ; Lacour, I, n° 117, p. 74 ; Lalou, n° 19, p. 52 à 54 ; de Lesseps, p. 288 et 289 ; Margat, p. 150 à 157 ; Morin, p. 175 à 177 ; Thaller, Traité Elém. n° 172 bis, p. 120, n. 1.

Il faut noter, d'ailleurs, que le même désaccord existe ici que sous les régimes sans communauté et dotal entre les auteurs qui admettent le partage des bénéfices sur la manière de l'opérer.

merce et a droit à une rémunération, est la seule dans laquelle il y ait lieu à partage des bénéfices selon leur origine au cours de l'usufruit (1) ; quand, en effet, l'usufruitier exploite lui-même le fonds de commerce, la totalité du bénéfice lui revient et peu importe à quel titre (2) ; quand, ne voulant pas l'exploiter lui-même, il l'a donné à bail, le prix de location, auquel ne peut être incorporé aucun salaire, puisque l'usufruitier n'a fourni aucun travail et ne s'est personnellement exposé à aucun risque, constitue en totalité un fruit civil qui lui revient en vertu de son droit de jouissance (3).

Au contraire, au début et à la fin de l'usufruit, la distinction établie devient indispensable, puisqu'il faut toujours procéder à une ventilation pour répartir le bénéfice de la première et de la dernière année entre l'usufruitier et le nu-propriétaire en raison du mode différent d'acquisition des deux portions qui le composent. Mais ceci est lié aux principes qui régissent l'acquisition des bénéfices.

SECTION III

ACQUISITION DES BÉNÉFICES

Ici encore, il ne nous reste qu'à énoncer les règles qui découlent de la nature reconnue au bénéfice commercial ; en tant qu'il est un fruit civil, il s'acquiert jour par jour ; en tant qu'il est assimilable à un salaire, il s'acquiert à

(1) Sous le régime de la communauté légale, la femme commerçante ayant sur les produits de son travail personnel les droits que lui a reconnus la loi du 13 juillet 1907, il y a lieu également d'isoler la part du bénéfice assimilable à un salaire, qui entre dans les biens réservés, de la part constituant un fruit civil, qui revient à la communauté par application de l'art. 1401-2° du Code Civil ; mais, comme le fonds de commerce est lui-même tombé dans la communauté, la propriété n'en est pas démembrée ; le cas n'intéresse donc pas notre sujet.

(2) Thaller, A. D. C. 1896, n° 11 à 13, p. 201 à 203.

(3) Bouteaud et Chabrol, n° 409, p. 437.

raison. de la conclusion des contrats commerciaux qui lui ont donné naissance.

Au début de l'usufruit, l'application de la première règle conduit à attribuer à l'usufruitier la totalité du bénéfice fruit réalisé à partir de son entrée en jouissance, qu'accompagne nécessairement l'établissement d'un bilan, tandis que l'application de la seconde lui permet de toucher le bénéfice salaire seulement sur les affaires qui ont été conclues par lui à partir de la même date, laissant au nu-propiétaire (1) le même bénéfice se rapportant aux contrats passés avant l'entrée en jouissance de l'usufruitier. Dans le cas où l'usufruitier tarde à faire inventaire ou à donner caution, l'acquisition par lui du bénéfice salaire se trouve ajournée jusqu'à sa mise en possession du fonds de commerce, une fois effectuée la prestation de ces garanties (2).

A l'expiration de l'usufruit, le bénéfice fruit est réparti entre eux au prorata de la durée de leur jouissance pendant la dernière année, en vertu de la première règle (3), alors que le bénéfice salaire, ayant pour origine des contrats passés par l'usufruitier, lui est dû même s'il n'est recueilli que lorsque l'usufruit a pris fin.

Ce système, le seul logique, est en même temps le plus conforme à l'équité et aux intérêts de l'usufruitier et du nu-propiétaire.

La part du bénéfice qui n'a donné à créer aucune peine à l'un ni à l'autre est répartie entre eux proportionnellement au nombre de jours pendant lesquels ils ont joui du fonds de commerce.

La part, au contraire, qui est due à l'activité et à l'ingéniosité de l'usufruitier ou du nu-propiétaire, est allouée à celui qui l'a créée.

(1) Ou à l'ancien propriétaire : sur la distinction à établir, dans certains cas, entre l'ancien et le nu-propiétaire. — Cf. infra p. 253.

(2) Cf. supra p. 166.

(3) Aussi ce mode de répartition peut-il s'appliquer sans modification sous le régime dotal (art. 1571 C. Civ.).

Sans doute, ce système n'atteint pas à une complète équité : le bénéfice commercial ne peut être considéré comme né que lorsque le contrat, en général la vente, qui va permettre de le réaliser, est conclu ; dès lors, c'est à l'auteur de ce contrat qu'il doit être attribué, en faisant abstraction de tous les actes de commerce antérieurs qui constituent la véritable cause de l'avantage recueilli. Ainsi, le commerçant qui a préparé une suite d'opérations fructueuses, en constituant, par exemple, à bas prix des approvisionnements, est frustré des bénéfices qu'il attendait de leur réalisation si l'usufruit s'ouvre au moment où il allait y procéder, puisque l'usufruitier ayant opéré la revente recueille le profit. La même situation peut se reproduire à la fin de l'usufruit au détriment de l'usufruitier. Ces inégalités tiennent à la complexité des opérations commerciales et à la nature de l'usufruit, qui est un droit aléatoire ; elles peuvent être réduites, mais non pas supprimées.

L'attribution au nu-propriétaire et à l'usufruitier de la part du bénéfice due à l'activité de chacun d'eux exerce une influence favorable sur la bonne exploitation et la conservation du fonds de commerce, en les encourageant à effectuer jusqu'à la fin les opérations avantageuses dont ils ont la certitude de recueillir le profit. Elle contribue par là à assurer la restitution de la chose dans les meilleures conditions.

Cependant, le système qui vient d'être exposé n'est pas celui de la plupart des auteurs, qui, d'ailleurs, ne sont point d'accord pour en proposer un autre. Les uns, bien que faisant la distinction entre les deux parts du bénéfice, attribuent le profit de la dernière année en totalité au prorata des opérations commerciales accomplies, négligeant sur ce point son caractère de fruit (1). D'autres décident que la portion représentant l'intérêt, qu'ils assimilent à un

(1) Boutaud et Chabrol, n° 409, p. 437 et 438. — Cf. aussi n° 563 *bis*, p. 551, où les mêmes auteurs exposent les théories sur la nature du bénéfice sans marquer leur préférence ; Thaller, A. D. C. 1896, p. 204, n. 1.

fruit industriel, s'acquiert par la perception et que celle qui rémunère le travail se répartit proportionnellement au chiffre d'affaires (1). D'autres, au contraire, niant la nature mixte du bénéfice, le font acquérir jour par jour (2) ou par la perception (3), selon qu'ils l'assimilent à un fruit civil ordinaire ou à un fruit civil irrégulier ou industriel.

(1) Crouzet, p. 122 à 124.

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 585, p. 382 ; Colin et Capitant, I, p. 795 ; Hue, Commentaire, IV, n° 481, p. 228 ; Laurent, VI, n°s 400 et 401, p. 506 à 508.

(3) Aubry et Rau, II, n° 492, p. 290 ; Démolombe, X, n° 281, p. 233 et 234 ; Proudhon, II, n° 911, p. 371 et 372.

CHAPITRE TROISIÈME

EXPLOITATION DU FONDS DE COMMERCE PAR L'USUFRUITIER (SUITE) EXERCICE DE LA JOUISSANCE DES DIVERS ÉLÉMENTS

Nous adopterons ici le même ordre et les mêmes divisions que dans le deuxième chapitre de notre première partie (1), pour étudier successivement le droit de jouissance de l'usufruitier sur les divers éléments que peut comprendre le fonds de commerce.

SECTION I

LES MARCHANDISES

§ I : *Droit d'aliénation de l'usufruitier*

Le pouvoir d'aliéner les marchandises est la condition même de l'exploitation normale et tout le monde est unanime à l'accorder à l'usufruitier ; mais les divergences se manifestent lorsqu'il s'agit de déterminer l'origine de ce pouvoir.

Ceux qui ne s'attachent qu'aux éléments du fonds de commerce envisagés dans leur individualité, entraînés par

(1) Cf. *supra* p. 43.

le caractère fongible des marchandises, sont tout naturellement amenés à décider que l'usufruitier a le droit de les aliéner en qualité de propriétaire (1).

Mais la notion d'un quasi-usufruit s'appliquant aux marchandises est incompatible avec la conception que nous nous sommes faite du fonds de commerce, dont les éléments constitutifs sont intimement groupés par la communauté de leur destination économique, et avec l'idée que le stock lui-même est envisagé dans son ensemble (2).

En dehors de cette objection de principe, cette notion répond mal aux nécessités pratiques ; en permettant à l'u-

(1) Crouzet, p. 92 et 93 et n. 2 et p. 99 ; Ruben de Couder, v° Fonds de Commerce, n° 22, p. 358 ; Wahl, n° 222, p. 86 et Note sous l'arrêt en sens contraire de Cass. Civ., 26 février 1894, S. 95. 1. 102 (p. 102).

Comp. Aubry et Rau, II, n° 236, p. 742, n. 9 ; Demante, II, n° 426 bis-V, p. 508 ; Demolombe, X, n°s 307 et 308, p. 256 à 260 ; Marcadé, II, n° 467, p. 458 et 459 ; Mourlon, I, n° 1533, p. 731 et 732 ; Planiol, I, n° 2808, p. 875 ; Proudhon, II, n° 1010, p. 470, qui tous, semble-t-il, reconnaissent l'unité du fonds et adoptent cependant la même solution.

(2) Dès 1644, le parlement de Besançon, rompant avec les idées généralement admises dans l'ancien droit (Cf. supra p. 136, n. 2), s'était approché de cette conception en jugeant que « les marchands » dises qui composent un fonds de boutique forment un seul tout « et ce tout forme une universalité qui devient un immeuble fictif et « dont l'usufruitier ne peut pas plus disposer que d'un immeuble « réel. » (Arrêt du 31 août 1644, rapporté par Hartmann, p. LVII et LVIII). Le parlement reconnaissait ainsi le stock, qui, pour lui, se confondait avec le fonds de commerce, pour un bien incorporel susceptible d'un véritable usufruit, obligeant le bénéficiaire à respecter et à restituer la substance de la chose.

Sous la Révolution, le tribunal d'appel de la même ville eut à se prononcer sur la nature de l'usufruit d'un fonds de boutique et décida de même que ce fonds ne pouvait être aliéné par l'usufruitier (Arrêt du 23 thermidor an IX, Merlin, R., v° Usufruit, § IV, n° VIII, p. 343, 2^e colonne) ; mais le tribunal suprême, cassant cet arrêt, revint à la confusion du fonds de boutique avec des marchandises envisagées individuellement ; il le déclara susceptible seulement de quasi-usufruit et, par suite, aliénable par l'usufruitier à charge d'en payer l'estimation (Cass. Sect. Civ., 9 messidor an XI, D. R., v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1, 1^{re} espèce — S. 4. 1. 29 — Merlin, Rép., v° Usufruit, § IV, n° VIII, p. 346), bien que la perma-

usufruitier de restituer à l'expiration de sa jouissance l'estimation des marchandises au lieu du stock en nature, le plus souvent indispensable à la conservation du fonds, elle compromet les intérêts du nu-propriétaire ; et si, en présence de cette conséquence, l'on veut forcer l'usufruitier à assurer le remplacement normal des marchandises, il faut faire appel à un autre principe, l'obligation contenue dans l'article 578 du Code Civil de conserver la substance de la chose (1). Mais alors, n'y a-t-il pas contradiction à utiliser à la fois, pour expliquer le pouvoir d'aliénation de l'usufruitier, la théorie du quasi-usufruit qui exclut cette obligation (2) et, pour mettre à sa charge le remplacement reconnu nécessaire des marchandises aliénées, les principes de l'usufruit véritable qui l'imposent ?

Le cas peut, d'ailleurs, être rapproché d'une espèce formellement prévue par le Code : l'usufruitier d'un troupeau que, par hypothèse, l'on a coutume de renouveler fréquemment (3), peut vendre non seulement les jeunes bêtes, le croît, mais les animaux qui composent le troupeau, pourvu qu'il se conforme pour leur remplacement aux habitudes du propriétaire ; comme son droit constitue à coup sûr un usufruit véritable, ce n'est certes pas comme propriétaire qu'il réalise ces aliénations.

nence de l'élément marchandises, entretenu par la succession des achats et des ventes, ait été mise en lumière devant les juges en des termes qui laissent prévoir la conception prochaine de la notion moderne du fonds de commerce. (Merlin, Rép. v° Usufruit, § IV, n° VIII, p. 345).

(1) Orouzet, p. 112 et 113.

(2) Cf. infra p. 296 et 297.

(3) Cette hypothèse n'est pas imaginée pour les besoins de la cause : dans certaines parties du Limousin, pays humide où les troupeaux de moutons sont sujet à des épizooties si l'on conserve pendant plusieurs années les mêmes bêtes, il est d'usage de constituer le troupeau au printemps par l'achat de brebis, de recueillir le croît et la laine, puis de revendre les mères. Un troupeau ainsi exploité n'en est pas moins susceptible d'un usufruit véritable, régi par l'art. 616 : pourtant, ces têtes de bétail que l'on achète et revend systématiquement sont tout à fait comparables aux marchandises d'un fonds de commerce.

Ces difficultés ont amené beaucoup d'auteurs à reconnaître à l'usufruitier le pouvoir d'aliéner les marchandises comme administrateur (1) ; ce système ne semble pas plus exact, du moins en ce qu'il paraît supposer que l'usufruitier a reçu du propriétaire, de qui il tient son droit, une sorte de mandat tacite pour vendre les marchandises (2), car, outre qu'un pareil mandat donnant le pouvoir d'aliéner ne saurait être qu'exprès, si l'on envisage la vente des marchandises comme un acte de disposition (3), il établit entre l'usufruitier et le nu-propriétaire un lien juridique que rien ne permet de supposer (4), particulièrement lorsque l'usufruit résulte d'une disposition législative.

En réalité, l'usufruitier vend les marchandises en vertu de son droit, qui lui donne le pouvoir de jouir du fonds de commerce comme le propriétaire lui-même ; l'aliénation étant le mode normal de jouissance de ce dernier, c'est en sa qualité d'usufruitier que l'on est logiquement amené à reconnaître à l'usufruitier d'un fonds de commerce le droit de vendre les marchandises, puisque cette aliénation n'est que l'exercice normal de son droit de jouissance, calqué sur celui du propriétaire (5). En ce sens, il est bien exact de dire que l'aliénation constitue ici un acte d'administration (6) ; mais l'usufruitier tire de son droit propre le pouvoir de l'accomplir ; il ne l'a reçu de personne.

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 ; Hue, Commentaire, IV, n° 183, p. 231 ; Laurent, VI, n° 422, p. 533 et 534.

(2) Laurent, VI, n° 422, p. 534.

(3) Arg. art. 1988, al. 2, C. Civ.

(4) Comp. Crouzet, p. 92, n. 2.

(5) Comp. Colin et Capitant, I, p. 798 et 799.

(6) Cf. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 525, p. 344 à 346.

Comp. Trasbot, p. 165 et 197 sq., qui voit dans tout « acte de mise « en valeur normal, » un acte d'administration.

§ II : *Obligation d'entretenir le stock*

L'usufruitier est tenu d'acheter des marchandises nouvelles de manière à entretenir l'approvisionnement normal du fonds. Elles entrent dans sa composition par un phénomène analogue à la « *substitutio gregis* », sur la nature et le mécanisme duquel il n'y a pas à insister longuement après ce qui en a déjà été dit (1).

Il suffira de remarquer que l'hypothèse de l'usufruit réunit toutes les conditions exigées pour que cette incorporation se produise : la loi a mis à la charge de l'usufruitier l'obligation de conserver le fonds de commerce, dont l'accomplissement suppose nécessairement une exploitation normale, par conséquent la réalisation de transactions commerciales, achats et ventes, et l'obligation de le restituer dans l'état où il l'a reçu, dont l'exécution suppose, en principe, l'existence à la fin de l'usufruit d'un stock de marchandises s'il en existait un au début. L'incorporation des marchandises achetées au cours de sa jouissance est le seul moyen pour l'usufruitier de satisfaire aux exigences de la loi. On doit donc admettre que le législateur a décidé et que le nu-propriétaire et l'usufruitier, également intéressés à la conservation de la chose, ont implicitement accepté que les marchandises achetées par l'usufruitier prendraient la condition de l'ensemble du stock ou, plus exactement, de l'ensemble des éléments dans l'économie générale desquels elles se trouvent en fait introduites ; elles ne deviennent donc pas, bien qu'elles soient acquises par lui et en son nom, la propriété de l'usufruitier, mais du nu-propriétaire et sont seulement frappées du droit de jouissance de l'usufruitier.

C'est le phénomène inverse de celui que nous avons vu tout à l'heure se produire pour les marchandises vendues qui perdaient, par le fait de l'usufruitier seul, leur qualité

(1) Cf. supra p. 44 sq.

Cf. Colin et Capitant, I, p. 798 et 799.

d'éléments du fonds de commerce et à son égard, et à l'égard du nu-propriétaire.

Le législateur ayant voulu la conservation de la chose est supposé avoir voulu le seul moyen d'atteindre ce but, en donnant à l'usufruitier le pouvoir d'aliéner et d'acquérir les marchandises pour l'entretien du stock, élément nécessaire du fonds de commerce. Quant aux parties intéressées, au cas d'usufruit conventionnel, elles sont considérées avoir adhéré à ce système et, au cas d'usufruit légal, n'y pouvoir échapper que par une entente entre elles.

L'obligation d'entretenir le stock n'est pas imposée à l'usufruitier d'une manière absolue et sans distinction. Comme ce n'est pas l'élément marchandises, mais le fonds de commerce tout entier qui constitue l'objet de son droit et, par suite, de son obligation de conserver et de restituer, le nu-propriétaire ne serait pas fondé à se plaindre que l'approvisionnement ne soit pas constamment maintenu dans son importance et sa composition primitives s'il est démontré que l'usufruitier exploite en bon commerçant et maintient le fonds dans un état normal (1).

Ainsi, dans certaines industries saisonnières, il arrive que les stocks de marchandises varient régulièrement dans des proportions considérables d'une époque de l'année à l'autre ; on ne peut exiger que l'usufruitier, dont le droit s'est ouvert en pleine activité, entretienne inutilement les approvisionnements au complet pendant la période de calme ; on ne saurait, en revanche, tolérer qu'ayant reçu le fonds en morte saison, il s'autorise de cette circonstance pour ne pas accroître le stock au moment où les affaires battent leur plein. Dans le premier cas, on lui demanderait plus de soins qu'il n'est obligé d'en fournir, puisqu'il peut

(1) Comp., sous la législation de 1898, au cas de nantissement du fonds de commerce s'étendant aux marchandises, le droit reconnu au débiteur de les aliéner dans les limites d'une exploitation loyale et régulière.

Bordeaux, 24 février 1902, J. C. M. de Bordeaux, 02. 1. 61 — ; Grenoble, 14 novembre 1900, D. 01. 2. 470.

s'autoriser de l'exemple du précédent propriétaire pour justifier la diminution du stock et que son obligation ne va pas au delà de la conservation du fonds de commerce dont la consistance normale doit être appréciée à chaque moment de l'exploitation ; dans le second, on lui permettrait, au contraire, de compromettre la conservation du fonds, en restreignant l'importance des affaires, et de déroger ainsi aux habitudes du précédent propriétaire (1).

De même, en temps de crise, lorsque se manifestent les indices d'une baisse prochaine, le nu-propriétaire ne peut prétendre obliger l'usufruitier, alors que son exploitation a été absolument régulière, à faire, pour entretenir le stock, des achats qui constitueraient de sa part des actes d'imprévoyance.

En somme, toutes les fois que l'élément marchandises subit dans son importance et dans sa valeur des fluctuations normales eu égard au moment et aux circonstances où elles se produisent, le nu-propriétaire ne peut en prendre prétexte pour réclamer contre l'usufruitier la déchéance, ni l'application d'une mesure conservatoire. Le risque qu'il court par la diminution du stock survenant dans ces conditions est inhérent à l'usufruit d'un fonds de commerce et ne peut pas donner lieu à la prestation de garanties spéciales.

(1) Comp. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381.

SECTION II

LE MATÉRIEL

Pour apprécier la limite du droit de jouir accordé à l'usufruitier et l'étendue de l'obligation de conserver qu'on lui impose, l'ensemble du fonds de commerce doit seul être considéré ; le matériel vient lui-même y prendre place comme un groupe d'objets envisagés uniquement dans leur valeur et leur utilité globales et, tant que le fonds subsiste, le droit et l'obligation survivent à la dégradation ou même à la disparition de l'élément matériel et, à plus forte raison, à la détérioration ou à la perte des objets isolés qui le composent.

Ces idées amènent à écarter l'application de l'article 589 du Code Civil ; elles mettent à la charge de l'usufruitier une obligation d'entretien plus étendue et une obligation spéciale de procéder à des amortissements et lui ouvrent des droits plus larges, qui peuvent même aller jusqu'à un certain pouvoir de disposition.

Si, pour établir l'étendue de la jouissance, on envisageait isolément les objets qui composent le matériel, on serait conduit à l'assimiler aux choses qui peu à peu se détériorent et à décider que l'usufruitier peut le rendre, à l'expiration de son droit, dans l'état où il se trouve, pourvu qu'il en ait fait un usage conforme à sa destination (1).

Cette solution est inadmissible (2) : chacun de ces objets n'est pas soumis à un droit d'usufruit distinct de celui qui grève leur masse et cette dernière, elle-même, n'est frappée que comme élément du fonds de commerce ; aussi, même quand l'article 589 du Code Civil s'adapte exactement à

(1) Art. 589 C. Civ.

(2) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 743, n. 11 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 ; Crouzet, p. 113 ; Laurent, VI, n° 418, p. 528 et 529.

Contra : Cass. Req., 14 décembre 1842, D. R., v° Usufruit, n° 208, n. 2 — S. 43. 1. 22.

leur nature individuelle, ne faut-il pas faire à leur ensemble application de cette disposition, qui pourrait avoir pour conséquence l'anéantissement du matériel et, par là, peut-être, la perte du fonds tout entier, dont il peut former l'un des éléments essentiels.

§ I : *Obligation d'entretien*

L'usufruitier est tenu de réparer le matériel détérioré par l'exploitation (1), pourvu seulement que les dépenses auxquelles il se trouve entraîné de ce chef, ne puissent pas être considérées comme exceptionnelles eu égard non pas à la chose individuellement déterminée sur laquelle elles portent, mais au fonds de commerce tout entier. C'est bien, en somme, l'article 605 du Code Civil qui s'applique ; mais l'importance de la réparation doit être appréciée par rapport à l'objet de l'usufruit (2). Ce principe peut conduire, suivant la valeur relative de l'« élément matériel » dans l'ensemble des biens consacrés au commerce et aussi de la chose même qu'il s'agit de réparer dans le groupe constituant cet élément, à des solutions pratiques très différentes : leur apparente contradiction n'est que la conséquence de l'extrême diversité des fonds de commerce.

Lorsque le matériel est vieilli ou détérioré par l'usage normal que l'usufruitier en a fait ou qu'il a péri en totalité ou en partie, même indépendamment de toute faute de l'usufruitier, celui-ci est tenu de le renouveler (3).

Dans le premier cas, il ne peut pas se soustraire à l'accomplissement de cette obligation même en renonçant à

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 743, n. 11 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 ; Laurent, VI, n° 418, p. 528 et 529 ; Ruben de Couder, v° Fonds de Commerce, n° 21, p. 358 ; Simon, p. 175.

(2) Demolombe, X, n° 308, p. 258.

(3) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 et 382 ; Crouzet, p. 113 et 114 ; Demolombe, X, n° 308, p. 258 ; Ruben de Couder, v° Fonds de Commerce, n° 21, p. 358 ; Simon, p. 175.

son droit, toutes les fois que le remplacement est assimilable à une réparation d'entretien du fonds de commerce, ou même lorsque, considéré comme une grosse réparation, il doit entrer dans les prévisions d'un commerçant avisé (1) : l'usufruitier qui rendrait le fonds au nu-propiétaire sans avoir reconstitué le matériel, resterait tenu envers lui à des dommages-intérêts.

Dans le second cas, s'il demeure en jouissance, il est obligé d'effectuer tout remplacement considéré comme une réparation d'entretien ou même, suivant la distinction précédente, comme une grosse réparation ; mais sa renonciation le tient quitte à l'égard du nu-propiétaire, sauf la réserve qui sera indiquée au sujet de l'amortissement (2).

Toutes ces solutions paraissent en contradiction avec l'article 607 du Code Civil ; c'est qu'aussi bien l'une et l'autre hypothèses sont étrangères au domaine de cette disposition qui vise la perte par usure normale et par cas fortuit d'un corps certain grevé d'usufruit. Le matériel, même dans sa totalité, peut disparaître, les droits et les obligations de l'usufruitier survivront à sa destruction, en particulier son obligation de conserver qui, portant sur le fonds de commerce, suppose précisément le remplacement de l'élément disparu dans la limite où il peut être assuré par un prélèvement sur les bénéfices futurs et sur ceux qu'une sage gestion l'aurait amené à mettre de côté comme fonds d'amortissement, mais non sur ceux qu'il a perçus et qu'il est censé avoir légitimement consommés (3).

Il n'en serait autrement que si, le matériel constituant le

(1) Crouzet, p. 114 et n. 1. L'usufruitier prendrait alors les frais engagés pour la réparation sur le fonds d'amortissement qu'il a dû constituer. Cf. *infra* p. 225 et 226.

(2) Cf. *infra* p. 226.

(3) Comp. une solution analogue au cas d'usufruit d'un troupeau : Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 724, p. 471.

Adde Demolombe, X, n° 315, p. 264 à 266.

Contra : Aubry et Rau, II, n° 236, p. 744, n. 16 ; Colin et Capitant, I, p. 799 ; Laurent, VI, n° 536, p. 668 et 669 ; Proudhon, II, n° 1093, p. 527 et 528.

principal du fonds de commerce, sa perte pouvait être considérée comme entraînant celle de la chose ; il n'y aurait pas lieu alors d'appliquer l'article 607, mais bien l'article 617, alinéa 6, du Code Civil prononçant extinction de l'usufruit (1).

Lorsque le fonds de commerce ne présente pas cette composition exceptionnelle, les solutions que nous avons adoptées sont seules compatibles avec la volonté des parties et de la loi d'en assurer la conservation ; elles peuvent s'appuyer par analogie sur la disposition de l'article 616, alinéa 2, du Code Civil, écrit précisément pour un cas où la jouissance porte sur un ensemble de biens.

En dehors de toute idée de renouvellement, l'usufruitier doit encore acquérir un nouveau mobilier commercial ou un outillage perfectionné venant s'ajouter au matériel existant, si ces améliorations d'un élément deviennent nécessaires au maintien du fonds de commerce en état de lutter contre la concurrence, pourvu seulement qu'elles n'entraînent pas des dépenses supérieures à celles qu'un bon négociant doit normalement prélever sur ses bénéfices.

§ II : *Amortissement*

Même si les réparations apparaissent comme de grosses réparations, quoique appréciées par rapport au fonds de commerce tout entier, même si le renouvellement du matériel usé ou démodé ou les acquisitions nouvelles dépassent l'entretien du fonds, l'usufruitier peut être obligé d'engager ces dépenses toutes les fois qu'il était dans les habitudes du précédent propriétaire ou qu'il est dans les usages du commerce auquel il se livre de constituer sur les bénéfices un fonds de réserve en vue d'y faire face. Une seule condition est alors suffisante pour qu'elles lui soient imposées, sans qu'il puisse y échapper même par une renonciation à son usufruit, c'est qu'une assez longue période de temps se soit écoulée depuis son entrée en

(1) Adde art. 616, al. 1^{er}.

jouissance afin de lui permettre d'accumuler les fonds nécessaires par un prélèvement normal sur les bénéfices.

Dans la mesure où cette condition ne se trouverait pas remplie, la dépense demeurerait à la charge du nu-propriétaire qui, d'ailleurs, ne pourrait pas être forcé d'y faire face, conformément aux principes des articles 605 et 607 du Code Civil. Mais, s'il avançait les fonds, l'usufruitier n'en resterait pas moins tenu de réserver ensuite sur le revenu les sommes nécessaires pour se mettre en position d'assurer une réfection éventuelle.

D'une façon plus générale, il doit, en se conformant aux habitudes de son prédécesseur et des négociants exerçant le même commerce, constituer un fonds d'amortissement (1) destiné à renouveler et à perfectionner soit le matériel, soit les autres éléments, afin de pouvoir les maintenir en rapport avec les besoins de l'exploitation. Ce fonds, en attendant que les réparations, les remplacements et les améliorations soient effectués, est la représentation de l'usure et de la dépréciation et doit, comme tel, revenir au nu-propriétaire à la fin de l'usufruit (2).

§ III : *Droits de l'usufruitier*

L'usufruitier peut utiliser le matériel conformément à sa destination et aux habitudes de l'ancien propriétaire.

En outre, la même idée, savoir que les objets composant le matériel ne sont que les parties d'un tout, seul soumis au droit de jouissance, et le même texte, l'article 616, alinéa 2, du Code Civil obligeant l'usufruitier d'un troupeau à le reconstituer au cas de perte partielle, qui permettaient tout à l'heure de mettre à la charge de l'usufruitier d'un fonds de commerce l'obligation de renouveler le matériel, autorisent maintenant à lui accorder un droit exceptionnel, contre-partie logique de cette obligation ; il s'agit du pouvoir d'aliéner le matériel quand il est usé ou dé-

(1) Colin et Capitant, I, p. 803 ; Simon, p. 175.

(2) Thaller, A. D. C. 1896, n° 14, p. 203.

modé (1), qui peut encore se justifier par une double considération : d'une part, l'usufruitier, tenu de conserver le fonds et ayant rempli cette obligation en remplaçant les objets usés, ne peut être forcé de l'augmenter et ce serait l'y contraindre que de lui interdire la vente du matériel vieilli ; d'autre part, en le gardant, il encombrerait inutilement le fonds de commerce et contreviendrait ainsi aux habitudes d'un commerçant avisé.

Mais alors la même question se pose ici qu'a soulevée l'aliénation des marchandises : à quel titre l'usufruitier vend-il le matériel ?

Ce ne peut être comme propriétaire ; car, si l'on a pu, parfois, s'appuyer sur l'article 587 pour soutenir qu'il aliénait les marchandises en cette qualité, ce texte est certainement inapplicable au matériel, qui n'est à coup sûr pas une chose dont on ne peut se servir sans la consommer, mais, au contraire, se prête à un usage répété, souvent de très longue durée.

Ce n'est pas davantage comme administrateur, mandataire du nu-propriétaire ; sur ce point, les motifs de décider sont ceux mêmes qui ont été précédemment indiqués (2) pour les marchandises.

Ici encore, il vend en vertu d'un droit propre qui lui est conféré comme la condition indispensable d'une jouissance normale et de l'accomplissement du devoir de conservation qui s'impose à lui. Et, de même qu'en ce qui concerne l'aliénation des marchandises, l'article 616 du Code Civil fournit une comparaison utile pour justifier ce pouvoir : l'usufruitier d'un troupeau, dont on est accoutumé de renouveler les bêtes seulement lorsqu'elles ne sont plus propres à la reproduction, peut sans aucun doute s'en défaire

(1) Boutaud et Chabrol, n° 410, p. 438.

Comp. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de Mariage*, I, n° 759, p. 698 : Ces auteurs donnent au mari, chef de la communauté usufruitière, le pouvoir d'aliéner les meubles propres de la femme lorsqu'ils sont « par leur état — meubles rendus inutiles — par leur vétusté — destinés à être vendus ».

(2) Cf. *supra* p. 218.

ce moment venu ; il conforme en cela sa jouissance à celle du propriétaire ; d'ailleurs, le droit lui en est implicitement conféré par l'alinéa 2 qui le force à remplacer les animaux qui ont péri ; en lui imposant cette obligation, le législateur n'a pu avoir l'intention absurde d'exiger de l'usufruitier qu'il attende, pour s'en acquitter à son grand dommage et sans profit pour personne, la mort des animaux devenus vieux, au lieu de prendre les devants et de les vendre avant qu'il soit trop tard, à charge, bien entendu, d'en effectuer le remplacement (1). Ces animaux destinés à la reproduction sont singulièrement comparables au matériel qui nous occupe ; le droit reconnu à l'usufruitier de les vendre, quand ils ne sont plus propres à l'usage auquel ils étaient destinés, peut servir d'argument pour donner à l'usufruitier d'un fonds de commerce le droit de disposer du matériel usé ou démodé qui, comme eux, fait partie intégrante d'un ensemble soumis à un droit de jouissance.

SECTION III

LES DROITS DE PROPRIÉTÉ INDUSTRIELLE, LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE

§ I : *L'enseigne et le nom commercial*

L'usufruitier a le droit de jouir de ces éléments en bon commerçant, suivant leur destination et conformément aux habitudes de l'ancien propriétaire.

Il doit, en principe, conserver l'enseigne parce que, s'il l'abandonnait ou la modifiait, le fonds de commerce qu'elle a pour but d'identifier auprès d'une certaine clientèle en subirait une dépréciation. Cependant, si un changement

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 744 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 723, p. 470 ; Colin et Capitant, I, p. 799 ; Demolombe, X, n° 314, p. 263 et 264 ; Laurent, VI, n° 412 p. 520 ; Proudhon, II, n° 1094, p. 529.

devenait nécessaire pour satisfaire le goût du public, l'usufruitier pourrait exceptionnellement le réaliser.

Quant au nom commercial du précédent exploitant, il peut et doit en user, en le faisant suivre de son propre nom accompagné de la mention « successeur », afin de conserver l'achalandage qui s'y attache.

Cette solution ne nous paraît pas devoir être modifiée lorsque l'usufruit a pour origine, sous les régimes sans communauté ou dotal ou sous un régime de communauté comportant une clause de réalisation, l'apport en mariage d'un fonds de commerce exploité même sous un nom commercial reproduisant le nom patronymique de la femme (1). Dans ces cas, nous pensons que si le mari assure seul l'exploitation il ne peut user du nom commercial qu'à la condition de le faire suivre de son propre nom, comme successeur.

Aux fournisseurs et aux clients, créanciers tout au moins éventuels, la solution inverse présenterait l'inconvénient de laisser croire, quand ils entrent en relations avec le mari, que les mêmes biens répondent toujours des obligations contractées sous le nom commercial, alors que l'objet de leur gage va se trouver, au contraire, complètement modifié : au cas de faillite du mari, seuls, son patrimoine propre et le fonds commun, si, par hypothèse, les époux sont mariés sous un régime de communauté, entrent désormais dans la masse, à l'exclusion même de l'usufruit établi au profit du mari ou de la communauté, qui est incessible et insaisissable (2) ; quant au fonds de commerce

(1) Le cas ne semble pas encore (Cf. *infra* p. 230, n. 2) s'être présenté en jurisprudence.

Comp., cependant, les décisions suivantes qui sont intervenues dans des espèces présentant avec lui une certaine analogie : Rouen, 18 décembre 1918, S. 20. 2. 90 — ; Paris 18 juillet 1877, A. P. I. 1880, p. 183.

(2) En ce qui concerne le régime dotal, nous nous plaçons ici dans l'hypothèse où l'estimation des éléments mobiliers entrant dans la composition du fonds de commerce, si elle a été faite, n'en a pas transféré au mari la propriété (art. 1551. C. Civ.) et suivons l'opinion

lui-même, il est revendiqué par la femme en qualité de nu-propriétaire.

En ce qui concerne les concurrents, le préjudice pouvant résulter pour eux de la confusion ainsi créée sur le crédit de la maison serait susceptible de fonder leur droit à demander l'adjonction au nom commercial d'une mention indiquant que le fonds est exploité par un successeur.

On ne saurait objecter, enfin, que le mari, usufruitier ou administrateur de la communauté usufruitière, n'est pas assimilable à un successeur et ne doit pas, par suite, joindre son nom à celui qui symbolise aux yeux du public la prospérité du fonds de commerce ; comme il ne possède aucun droit propre à se prévaloir du nom patronymique de sa femme, employé seul, il ne pourrait user, alors, du nom commercial que comme un gérant pour le compte de cette dernière, qui devrait être considérée comme commerçante, tandis qu'en fait cette qualité appartient uniquement au mari usufruitier qui exploite à ses risques, pour son compte ou pour le compte de la communauté, les obligations commerciales restant sans effet sur le patrimoine de la femme (1). Ce dernier argument seul suffirait à justifier l'obligation imposée au mari d'indiquer sa qualité de successeur, même dans les cas où le changement provoqué par l'établissement de l'usufruit ne serait pas de nature en fait à porter atteinte au crédit de la maison (2).

de la majorité de la doctrine, refusant au mari le droit d'aliéner la dot mobilière (Cf. supra p. 185 et 186).

De même, sous les régimes exclusif de communauté ou comportant une clause de réalisation, nous adoptons l'opinion presque unanime qui ne lui permet pas d'aliéner les propres mobiliers (Cf. supra p. 186).

(1) Comp. supra p. 157 sq. une application par la jurisprudence de l'opinion contraire, refusant à un usufruitier légal la qualité de commerçant.

(2) Les idées soutenues ici et la thèse opposée pourront se trouver en présence dans une affaire dont nous devons nous borner à rapporter l'espèce abstraite, qui nous a été obligeamment communiquée par notre maître, M. Bonneau, le procès auquel elle donnera lieu n'étant pas encore lancé : Deux frères fondent une maison sous la

Si la femme, titulaire du nom, bien que simple nu-propiétaire, exerçait elle-même le commerce, la solution inverse devrait être adoptée, l'usufruit du mari ou de la communauté ne pouvant alors modifier son droit au nom et n'opérant pas la même transformation radicale du gage des créanciers (1).

Le nu-propiétaire qui porte le nom sous lequel le fonds est exploité, ne peut pas le prêter pour l'exercice d'un commerce similaire dans toute la région où il est connu et susceptible, par suite, d'attirer l'ancien achalandage au détriment de l'usufruitier (2). Quand l'usufruit a été constitué entre vifs, une stipulation atténuant ou aggravant cette obligation est naturellement possible, sans jamais que le nu-propiétaire puisse se voir interdire d'une manière absolue l'usage de son nom dans un but commercial (3).

L'usufruitier est tenu de maintenir la bonne réputation de l'enseigne et du nom en évitant soigneusement d'en

raison sociale « D... frères et C^{ie} ». Un parent éloigné, quelques années plus tard, se met à exercer le même commerce et, quoique s'étant associé à une tierce personne, adopte la raison sociale « X. D... et C^{ie} », afin de créer une confusion, à laquelle une action intentée par les fondateurs de la maison la plus ancienne vient couper court, en l'obligeant à faire figurer dans le nom commercial en toutes lettres son prénom « Xavier ».

La fille de l'un des frères D... se marie sous le régime de la communauté réduite aux acquêts avec un sieur M... ; celui-ci, d'abord associé avec son beau-père, exploite maintenant sans aucun concours, comme chef de la communauté usufruitière, le fonds de commerce dont sa femme est devenue seule propriétaire par succession et qui comprend le nom commercial « D... frères et C^{ie} », reproduisant le nom patronymique de cette dernière.

Xavier D... met en demeure à son tour le mari exploitant la maison « D... frères et C^{ie} » d'ajouter au nom commercial la mention « M... successeur » ou toute autre analogue, pour prévenir une confusion susceptible de nuire au fonds de commerce dont il est propriétaire.

(1) Cf *infra* p. 279 sq.

(2) Art. 599, al. 1^{er}, C. Civ.

(3) Comp. Cass. Req., 9 mai 1888, S. 88. 4. 320.

couvrir une exploitation défectueuse ou malhonnête, qui pourrait jeter le discrédit sur le fonds de commerce. Pour leur conserver la vogue dont ils jouissent auprès du public, la même publicité dont usait son prédécesseur ou qu'employaient les concurrents exerçant un commerce similaire doit être fait par l'usufruitier (1) ; les frais ainsi engagés constituent une dépense d'entretien du fonds de commerce entièrement à sa charge.

Les actions en concurrence déloyale ou illicite permettent à l'usufruitier de défendre l'enseigne et le nom contre les atteintes dont ils sont l'objet de la part du nu-propiétaire ou des tiers ; il est, en effet, le premier à en éprouver un préjudice et ces actions sont fondées sur le dommage subi (2).

Au cas particulier où le nom commercial a été l'objet d'une usurpation consistant dans une altération ou supposition de nom sur des produits fabriqués ou dans la mise en vente de mauvaise foi d'objets marqués de noms supposés ou altérés, l'usufruitier a l'exercice de l'action pénale prévue par la loi du 28 juillet 1824.

Il a le droit et l'obligation de demander par ces actions la cessation des faits constituant le quasi-délit ou l'infraction et la réparation du dommage qu'ils ont causé non seulement à lui-même, mais au nu-propiétaire, puisqu'il est tenu de conserver le fonds intact, à moins qu'il ne préfère se décharger du soin de poursuivre la réparation en dénonçant au nu-propiétaire l'usurpation commise (3). S'il restait inactif, sans adopter l'un de ces deux partis, sa négligence l'exposerait à voir le nu-propiétaire réclamer sa déchéance pour abus de jouissance ou l'établissement d'une mesure conservatoire (4) et lui demander compte de tout le dommage qui a pu résulter de son inaction pour la

(1) Crouzet, p. 111.

(2) Art. 1382 et 1383 C. Civ.

(3) Art. 614 C. Civ.

(4) Art. 618 C. Civ.

nu-propriété, dommage dont il est responsable comme il le serait de dégradations commises par lui-même (1).

Le nu-propriétaire a également le droit d'intenter contre l'usurpateur l'action civile et l'action pénale, parce qu'il est intéressé à la conservation de l'enseigne et du nom.

Lorsque, sur les poursuites exercées pour concurrence déloyale ou illicite, le concurrent est condamné à payer une indemnité, on peut se demander quel en sera le sort.

Les dommages-intérêts sont attribués en réparation d'un préjudice injustement causé dont ils représentent la valeur évaluée par le juge. C'est donc à celui du nu-propriétaire ou de l'usufruitier qui a subi le dommage que l'indemnité devra être finalement attribuée, pour qu'ils en bénéficient dans les mêmes conditions où ils devaient profiter des avantages que les éléments du fonds, objet de l'usurpation, leur auraient procurés.

S'il est établi, par exemple, que cette usurpation a ralenti les relations commerciales et amené une diminution des bénéfices pendant un laps de temps où le fonds a été sans cesse grevé de l'usufruit, l'indemnité représentant des sommes que l'usufruitier n'a pas encaissées et qu'il aurait gagnées définitivement, doit lui être attribuée tout entière, sans qu'il soit tenu à aucune restitution.

Si, suivant une autre hypothèse, l'atteinte portée au nom commercial ou à l'enseigne s'est manifestée par une diminution des bénéfices à la fois avant et après l'ouverture de l'usufruit, les dommages-intérêts doivent être partagés en pleine propriété entre le nu-propriétaire et l'usufruitier proportionnellement au préjudice subi par chacun d'eux.

Si, enfin, elle a eu pour conséquence de détourner la clientèle du fonds, en captant la faveur dont il jouissait auprès du public ou en jetant sur lui le discrédit, et si la dépréciation qu'il en a subie semble définitive, l'usufruitier peut toucher l'indemnité, mais il n'en acquiert pas la

(1) Art. 614 C. Civ.

propriété, car elle représente la diminution de valeur du fonds de commerce, auquel elle doit être en quelque sorte incorporée ; l'usufruitier est alors tenu de l'employer à rétablir l'entreprise dans sa prospérité antérieure, par exemple en la consacrant à payer les frais d'une publicité de nature à ramener les clients ou à en attirer de nouveaux.

§ II : *Les monopoles d'exploitation*

La jouissance de l'usufruitier ne présente pas ici de difficultés bien graves.

Il a le droit d'exploiter les brevets (1), les dessins et modèles industriels, les secrets de fabrique et les droits d'auteur, d'apposer sur les produits qu'il vend les marques attachées au fonds (2) et de faire usage des distinctions obtenues par la maison de commerce et même de celles qui ont été accordées à l'un de ses prédécesseurs personnellement, pourvu seulement, en ce dernier cas, qu'il ait soin d'indiquer « en caractères apparents » le nom de leur titulaire (3) : tous ces droits constituent des éléments du fonds de commerce et sont soumis, comme tels, à son usufruit.

Si un certificat d'addition est délivré au breveté après l'entrée en jouissance, l'usufruitier en profite comme d'un accessoire du brevet s'incorporant à sa suite au fonds de commerce (4).

On a souvent soutenu que l'usufruit portant sur ceux des droits que nous venons d'énumérer dont la durée de protection est limitée par la loi, ne pouvait permettre à l'usufruitier d'en acquérir définitivement les bénéfices ; il épuiserait alors, dit-on, le droit lui-même ; et l'on propose, en particulier pour les brevets, soit de partager le

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 743.

(2) Pouillet, Marques, n° 167, p. 163 et 164.

(3) Cf. loi du 8 août 1912, art. 3, al. 2.

(4) Arg. loi du 5 juillet 1844, art. 22, al. 1^{er} et loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 2.

revenu entre l'usufruitier et le nu-propiétaire (1), soit de faire, dans l'inventaire, une estimation de leur valeur et d'obliger l'usufruitier, à l'expiration de son droit, à en restituer le prix dont il ne conserverait que les intérêts (2). Les partisans de ces systèmes, commettant une erreur analogue à celle dont l'étude du droit au bail nous fournira un exemple (3), paraissent oublier que ce ne sont pas les revenus à tirer de ces droits, mais ces droits eux-mêmes qui sont grevés d'usufruit. Sans doute leur caractère temporaire expose le nu-propiétaire à les voir tomber dans le domaine public avant que l'usufruit n'ait pris fin ; mais cet épuisement est normal et l'usufruitier conforme sa jouissance à celle de son prédécesseur en retirant les bénéfices qu'ils sont susceptibles de produire (4) et accomplit son obligation de conserver pourvu qu'il remplisse les formalités prescrites par la loi, paye les annuités, contre-partie du profit retiré de l'exploitation, et garde les titres qui, seuls, doivent toujours être remis au nu-propiétaire ; peu importe après cela que le droit ait disparu, quand vient l'époque de la restitution, puisqu'il n'a pas péri par la faute de l'usufruitier, mais en raison de sa nature même.

Cette solution s'applique à l'usufruit de tous les monopoles temporaires d'exploitation (5) et ne saurait être modifiée parce qu'ils se trouvent compris dans la composition d'un fonds de commerce.

Cette circonstance restreint seulement les modes de

(1) Pouillet, Brevets, n° 200, p. 219 et Jugement de Grenoble, 29 janvier 1851, cité par cet auteur.

Pour les droits d'auteur, Pouillet donne la solution contraire : tous les produits appartiennent à l'usufruitier. Cette différence paraît peu justifiée. (Dessins et Modèles, n° 287, p. 329 et 330 ; Propriété littéraire et artistique, n° 197, p. 250 et 251.)

(2) Puybonnieux, p. 52.

(3) Cf. infra p. 248 et 249.

(4) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 743 ; Crouzet, p. 143 ; Hue, Commentaire, IV, n° 189, p. 238 et 239.

(5) Cf. pour les droits de propriété littéraire, Hue, Commentaire, IV, n° 190, p. 239.

Paris, 18 mai 1877, Droit, 13 juin 1877.

jouissance ouverts à l'usufruitier et aggrave sur un point son obligation de conserver.

Il faut lui refuser, en principe, le pouvoir, reconnu à l'usufruitier d'un de ces droits pris isolément (1), de céder le monopole d'exploitation qu'ils lui confèrent ; il doit en jouir comme d'éléments du fonds de commerce et ne peut leur retirer leur affectation commerciale, à moins, cependant, que la cession n'apparaisse plus avantageuse que l'exploitation pour la prospérité de l'entreprise.

L'usufruitier ne doit pas se contenter de faire de ces droits l'usage exigé pour éviter leur perte, d'acquitter les taxes fixées et de remplir les formalités nécessaires (2) ; il faut encore qu'il les exploite de façon suffisamment active et loyale pour maintenir groupés les rapports commerciaux qui s'attachent à eux et éviter toute dépréciation du fonds de commerce.

Si la nature du commerce exige un usage constant de dessins et modèles déposés et si le précédent propriétaire ou les commerçants exerçant une profession analogue avaient coutume d'en renouveler la collection par de nouveaux dépôts au fur et à mesure que cessait pour les plus anciens la protection de la loi, l'usufruitier doit se conformer à ces habitudes et maintenir la collection au complet, en lui donnant l'importance que comportent les conditions normales de l'exploitation.

Pourvu qu'il ait accompli les formalités nécessaires pour rendre son usufruit opposable aux tiers, il a l'exercice des actions protectrices de ces différents droits ouverts aux parties lésées (3) et peut faire procéder à la constatation

(1) Pouillet, Brevets, n° 200, p. 219.

(2) Simon, p. 176.

Cf. supra p. 72 sq. L'usufruitier, dont le droit est un démembrement de la propriété, est qualifié pour accomplir ces formalités ou en requérir l'accomplissement, car elles sont ouvertes au propriétaire et constituent au premier chef des mesures conservatoires.

(3) Pour les brevets : Rouen, 2 janvier 1869, S. 69. 2. 300.

des infractions prévues par les lois pénales. Ces actions lui appartiendraient même contre le nu-propriétaire qui, tenu de le laisser jouir, a perdu l'usage des droits de propriété industrielle, littéraire et artistique et commet par conséquent, s'il vient à les utiliser, un acte frauduleux.

S'il ne veut agir lui-même contre les tiers, il doit, suivant le droit commun, avertir le nu-propriétaire, faute de quoi celui-ci pourrait lui réclamer des dommages-intérêts égaux au préjudice qu'il aurait subi (1) et demander sa déchéance pour abus de jouissance (2).

Le nu-propriétaire possède également le droit de poursuivre les contrefacteurs ou usurpateurs, leurs agissements lui causant un préjudice.

SECTION IV

LES LIVRES DE COMMERCE ET LA CORRESPONDANCE

L'usufruitier a le droit de conserver pendant toute la durée de sa jouissance les livres dont la tenue était facultative pour l'ancien propriétaire et qui constituent un élément du fonds de commerce (3).

Il peut demander communication de ceux dont la tenue est obligatoire et la conservation, imposée à tout commerçant personnellement ; et encore le nu-propriétaire n'est-il obligé de lui en permettre l'usage que s'il n'existe pas de livres facultatifs ou s'ils sont trop incomplets pour permettre une exploitation normale et sans entraves (4).

L'usufruitier doit tenir les livres régulièrement, en se conformant aux habitudes du précédent propriétaire et aux usages du commerce exercé, de façon qu'à tout moment, son usufruit venant à s'éteindre, le nu-propriétaire

(1) Art. 614 C. Civ.

(2) Art. 618 C. Civ.

(3) Cf. *supra* p. 79 et 80.

(4) Arg. art. 599, al. 1^{er}, C. Civ.

y trouve les renseignements qui doivent y être normalement consignés et peuvent lui être utiles pour prendre la suite de l'exploitation.

L'usufruitier jouit du droit, que nous considérons comme un élément du fonds de commerce (1), de se faire remettre la correspondance adressée au siège de l'exploitation (2), pourvu qu'aucun signe, dont l'interprétation serait une question de fait laissée à l'appréciation souveraine des tribunaux (3), ne permette de reconnaître qu'elle est destinée personnellement à l'ancien propriétaire.

Il ne semble exister aucun motif de restreindre ce droit à la durée d'un certain délai à déterminer, ainsi que l'on a proposé de le faire en cas de cession du fonds de commerce (4). La présomption sur laquelle est principalement fondé le droit à la correspondance n'est pas susceptible de disparaître, mais bien de se fortifier avec le temps, puisqu'à mesure qu'il s'écoule les clients et les fournisseurs ont plus de chance d'être informés de la retraite de l'ancien propriétaire ; le fait d'adresser les envois au siège de l'exploitation ou de mentionner dans la suscription la profession exercée continue de marquer leur intention d'entrer en relations avec l'exploitant anonyme. Nous pensons donc que le droit à la correspondance appartient à l'usufruitier pendant toute la durée de sa jouissance.

Il doit seulement faire parvenir sans retard au nu-propriétaire les envois qui sont reconnus lui être destinés.

(1) Cf. supra p. 80 et 81.

(2) Comp. Boutaud et Chabrol, n° 435, p. 454 (même solution donnée au cas de bail).

(3) Comp. Cass. Req., 8 novembre 1892, D. 93. 1. 33 — S. 93. 1. 248 — ; Cass. Req., 22 mai 1889, D. 89. 1. 370 — S. 92. 1. 341 — ; Cass. Civ., 10 avril 1866, D. 66. 1. 342 — S. 66. 1. 251.

(4) Boutaud et Chabrol, n° 138, p. 148.

Contra, sauf quelques réserves, Lèbre, n° 66, p. 74 à 77.

SECTION V

LE DROIT A L'IMMEUBLE COMMERCIAL

Il faut distinguer ici plusieurs hypothèses selon que l'immeuble commercial, appartenant au même propriétaire que le fonds de commerce, peut être considéré ou non comme un élément de ce dernier ou qu'appartenant à un tiers, il est seulement à la disposition du commerçant en vertu d'un bail.

Nous les étudierons en deux paragraphes : le premier, consacré à l'usufruit de l'immeuble, élément du fonds, nous donnera l'occasion d'examiner si l'usufruitier est tenu de contracter une assurance contre l'incendie et, dans l'affirmative, quel est le sort de l'indemnité allouée en cas de sinistre ; cette dernière question se pose également et doit recevoir une solution analogue lorsque l'immeuble commercial est l'objet d'expropriation pour cause d'utilité publique ; dans le second paragraphe, seront groupées les difficultés relatives au droit au bail ; devant le vote du projet de loi sur la « propriété commerciale », nous y rattacherons l'étude des droits et des obligations de l'usufruitier, lorsque le propriétaire du local tenu en location refuse de renouveler le bail.

§ I : *Usufruit de l'immeuble, élément du fonds de commerce*

Lorsque l'immeuble et le fonds appartiennent au même propriétaire, nous avons cru devoir admettre que la propriété de l'immeuble constitue un élément du fonds, pourvu que se trouvent remplies certaines conditions d'affectation commerciale et que cette solution ne soit écartée ni par une disposition légale, ni par l'expression individuelle d'une volonté contraire (1).

Mais, même si l'on repousse l'incorporation par la seule

(1) Cf. supra p. 91 et 92.

affectation commerciale de l'immeuble au fonds de commerce, la question dont nous abordons l'étude n'est pas dépourvue d'intérêt, puisqu'on peut envisager le cas où un usufruit est établi à la fois sur le fonds de commerce et sur l'immeuble par un commerçant qui, propriétaire de l'un et de l'autre, les englobe formellement dans la même masse de biens pour les soumettre au même sort, dans le but d'assurer à l'usufruitier la possibilité d'exercer son droit et d'en conserver l'objet, estimant l'élément immobilier économiquement indispensable à la réalisation de ce but.

L'usufruitier peut alors non seulement se servir de l'immeuble conformément à la destination que ce dernier a reçue (1), mais lui faire subir les modifications et les aménagements que le progrès ou la mode rendent nécessaires, afin de maintenir le fonds en état de soutenir la concurrence.

Il nous paraît tenu de toutes les réparations et même des reconstructions de l'immeuble tombant de vétusté ou

(1) Dans l'ancien droit, l'immeuble commercial est envisagé isolément pour l'application des règles de l'usufruit : l'usufruitier du magasin que le constituant exploitait pour un certain commerce a le droit de l'employer pour y loger des marchandises d'une autre espèce ; pourvu qu'il continue à l'utiliser comme magasin, il est considéré remplir son obligation de jouir en bon père de famille et suivant les habitudes du précédent propriétaire. (Pothier, XIII, Traité du Douaire, I, V, n° 219).

Cette solution, qui marque une méconnaissance complète de la notion de fonds de commerce, est, d'ailleurs, formellement empruntée au droit romain (Ulp., Dig. VII, I. 27. 1) ; et, comme elle émane alors du même auteur, Ulpien, qui, d'autre part, a développé les conséquences de la conception de la *merx peculiaris* comme universalité de droit (Cf. supra p. 120, n. 2), il semble prouvé que les jurisconsultes romains, uniquement préoccupés de résoudre les difficultés pratiques qui se présentaient, n'ont pas discerné l'importance du lien qui groupe les biens divers concourant à l'exploitation commerciale, quoiqu'ils en aient pressenti l'existence ; mais leur sens pratique a parfois su découvrir certaines solutions auxquelles on se trouve maintenant ramené par une étude plus approfondie de la notion qu'ils n'avaient fait qu'entrevoir.

détruit par cas fortuit pour les raisons et dans les limites déjà indiquées en ce qui concerne le matériel, ce qui a été dit de ce dernier s'appliquant exactement à l'immeuble commercial (1).

Doit-il aussi l'assurer ? ou plutôt, car la difficulté dépasse l'objet de ce paragraphe et concerne tous les éléments corporels, auxquels les conclusions adoptées pourraient indistinctement s'appliquer, *l'usufruitier est-il tenu d'assurer le fonds de commerce contre l'incendie ?*

On décide généralement que l'usufruitier d'un immeuble pris isolément n'est pas tenu de l'assurer, parce qu'aucune disposition positive ne lui en fait une obligation et que, d'ailleurs, l'assurance constitue plutôt une mesure de prévoyance que d'entretien (2).

Ce raisonnement, peut-être exact à l'époque où l'assurance contre l'incendie ne s'était pas généralisée au point de devenir, comme elle l'est maintenant, une charge normale de la jouissance, explique le silence du législateur de 1804, mais ne semble plus admissible alors que les primes sont devenues, dans l'usage, des charges annuelles de l'héritage. Aussi a-t-on pu décider que, si l'immeuble était assuré avant l'ouverture de l'usufruit, l'usufruitier doit entretenir l'assurance et payer régulièrement les primes (3) ; cette solution peut être solidement motivée par l'obligation où il se trouve placé de se conformer aux habitudes du précédent propriétaire. Dans le cas contraire, il est plus difficile, mais cependant possible d'obliger l'usufruitier à contracter une assurance ; étant tenu d'entretenir et de restituer la chose, il commet une négligence, permise seulement au propriétaire qui en était maître absolu, s'il omet de prendre une précaution passée actuellement dans les habitudes de tout bon père de famille.

(1) Cf. supra p. 223 à 226.

(2) Aubry et Rau, II, n° 231, p. 702 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 720, p. 468 ; Colin et Capitant, I, p. 818 ; Laurent, VI, n° 530, p. 660 et 661 ; Planiol, I, n° 2817, p. 878.

(3) Comp. Besançon, 1^{er} avril 1863, D. 63. 2. 93, qui impose à l'usufruitier qui a contracté une assurance l'obligation de l'entretenir.

Ces raisons sont encore renforcées par une double considération lorsque l'objet à assurer fait partie d'un fonds de commerce : le plus souvent, d'abord, l'immeuble commercial, le matériel ou les marchandises offrent de plus grands risques d'incendie qu'un immeuble ou un mobilier à usage personnel ; en second lieu, le préjudice résultant de l'incendie est plus important qu'il ne le serait si les objets détruits ne se trouvaient pas compris dans l'ensemble des biens affectés au commerce, par un effet de la réaction de valeur qui s'exerce entre les différentes parties du fonds et provoque, par la perte des éléments corporels, une dépréciation des éléments incorporels eux-mêmes. Aussi la négligence de l'usufruitier est-elle particulièrement excusable.

Il convient d'observer, d'ailleurs, que, n'admettrait-on pas que l'usufruitier pût être obligé par le nu-propiétaire à assurer le fonds de commerce, le caractère d'universalité reconnu à ce dernier obligerait à décider que l'incendie des éléments corporels, survenu même par cas fortuit, n'entraîne pas l'extinction du droit de jouissance et laisse subsister l'obligation de restituer dans des conditions analogues à celles que prévoit l'article 616, alinéa 2, du Code Civil.

Quant à l'indemnité payée par la compagnie d'assurances (1), elle représente la contre-valeur du bien disparu et se trouve subrogée à lui dans l'affectation commerciale. L'usufruitier a le droit de la toucher ; il n'en jouit pas comme de l'objet d'un quasi-usufruit distinct, donnant lieu à une restitution particulière, mais doit en faire emploi dans l'intérêt du fonds de commerce, par exemple en la consacrant à la reconstitution des éléments détruits par l'incendie. Nous préciserons tout à l'heure en quoi nous paraît consister cette obligation.

(1) Il s'agit ici du cas où l'usufruitier a contracté l'assurance pour la pleine propriété du fonds de commerce, ainsi qu'il nous y paraît obligé. L'indemnité pour le risque de l'usufruitier seul ou du nu-propiétaire seul revient tout entière à l'un ou à l'autre : son attribution ne soulève pas de difficultés.

Les mêmes idées trouvent leur application quand un immeuble faisant partie du fonds de commerce est exproprié pour cause d'utilité publique ; l'usufruitier nous paraît alors qualifié pour demander et toucher l'indemnité unique représentative de sa valeur (1) ; elle s'incorpore au fonds et doit recevoir un emploi conforme à l'affectation dont elle est frappée.

Mais l'usufruitier est tenu de donner caution, s'il en était primitivement dispensé, à moins qu'il n'exerce son droit en vertu de l'article 384 du Code Civil (2).

Les motifs qui ont inspiré au législateur de 1841 la disposition que nous appliquons ici, sont, il est vrai, dans notre hypothèse beaucoup moins pressants. La sûreté dont il ordonne la prestation a pour but de sauvegarder les intérêts du nu-propriétaire, lorsqu'à l'immeuble, valeur particulièrement stable et difficile à détourner, est subrogée, comme objet de l'usufruit, une somme d'argent, dont l'usufruitier devient propriétaire à charge de restitution et le nu-propriétaire, simple créancier ; la loi suppose alors que si le constituant ou le législateur du Code avaient pu prévoir cette dangereuse substitution ils auraient refusé la dispense de caution.

Au cas d'usufruit d'un fonds de commerce, la situation est toute différente : le plus souvent, l'immeuble exproprié est loin de représenter la valeur la plus importante parmi l'ensemble des biens affectés au commerce et le fonds comprend d'autres éléments qu'il est aussi facile de dilapider que l'indemnité au préjudice du nu-propriétaire. La connaissance de l'expropriation, dont le danger est relativement bien moindre, n'aurait donc probablement point modifié la décision du constituant ou du Code de dispenser l'usufruitier de fournir caution. Mais, bien que la présomption légale paraisse en défaut, le texte de l'article 39, alinéa 3, de la loi du 3 mai 1841 n'en demeure pas moins formel ; il oblige à donner caution tout usufruitier qui a

(1) Loi du 3 mai 1841, art. 39, al. 2.

(2) Loi du 3 mai 1841, art. 39, al. 3.

reçu l'indemnité unique d'expropriation, sur laquelle lui et le nu-propriétaire sont appelés à exercer leurs droits respectifs ; ces conditions étant remplies, il n'est pas possible de déroger à la loi.

Au cas d'expropriation, comme au cas d'incendie quand il apparaît plus avantageux de transporter l'exploitation dans un autre immeuble que de réparer l'immeuble incendié, nous pensons que l'on doit reconnaître à l'usufruitier le droit et lui imposer l'obligation de faire le remploi de l'indemnité représentative du bien disparu par l'acquisition d'un nouvel immeuble propre à recevoir la même affectation.

Lorsque le nu-propriétaire accepte d'intervenir, l'opération ne soulève aucune difficulté : l'acquisition étant faite à son nom pour la nu-propriété, au nom de l'usufruitier pour la jouissance, l'un et l'autre exercent leurs droits respectifs sur le fonds ainsi reconstitué.

Lorsqu'au contraire, le nu-propriétaire n'intervient pas, l'usufruitier pourrait, néanmoins, semble-t-il, acquérir seul, en agissant comme gérant d'affaires pour la nu-propriété (1), un immeuble nouveau. Seulement, l'opération serait à ses risques et si, à la fin de l'usufruit, sa gestion apparaissait mauvaise (2), le nu-propriétaire lui laisserait l'immeuble et lui demanderait compte, en outre, de la dépréciation subie par le fonds de commerce ; si, au contraire, son administration avait été bonne, l'acquisition

(1) La théorie de la gestion d'affaires peut s'appliquer ici aussi bien pour les auteurs qui en limitent le domaine aux actes juridiques (Planiol, Note sous Cass. Req., 20 décembre 1910, D. 11. 1. 377, 1^{re} colonne) que pour ceux qui le restreignent à l'accomplissement des actes d'administration (Naquet, Note sous Cass. Req., 20 décembre 1910, S. 12. 1. 305, 3^e colonne et 306, 1^{re} colonne) ; eu égard à l'objet de l'usufruit, il s'agit d'une véritable mesure d'entretien que le géré lui-même devrait raisonnablement accomplir.

(2) Les raisons d'apprécier l'utilité de la gestion seulement quand l'usufruit prend fin se trouvent exposées dans le dernier chapitre de la quatrième partie, où il est fait plus largement appel à la théorie de la gestion d'affaires. Cf. *infra* p. 327 et 328.

profiterait au nu-propriétaire et lui deviendrait opposable ; il serait obligé de reprendre l'immeuble, devenu élément du fonds de commerce, en payant simplement la plus-value ainsi procurée à ce dernier (1). L'immeuble nouveau étant entré dès l'acquisition dans le patrimoine du nu-propriétaire, il n'aurait, à l'extinction de l'usufruit, aucune formalité à remplir, aucun droit de mutation à payer et le reprendrait comme propriétaire de même que les autres éléments du fonds de commerce.

En somme, la substitution d'un élément nouveau à un élément disparu ne nous semble pas se présenter théoriquement de manière différente selon qu'il s'agit de biens de nature mobilière ou immobilière et la reconstruction de l'immeuble ou son remplacement, quand il n'existe plus, peuvent s'imposer à l'usufruitier dans les mêmes conditions que le renouvellement du matériel et présenter, au regard de l'ensemble du fonds de commerce, le même caractère de mesure d'entretien. Mais les conditions spéciales de validité à l'égard des tiers et les formalités imposées par la loi en ce qui concerne les mutations immobilières soulèvent des difficultés pratiques particulières quand il s'agit de subroger à l'immeuble disparu un immeuble nouveau ; pour les résoudre, nous avons été obligé de faire appel à l'idée de gestion d'affaires, introduite simplement dans le but d'expliquer un résultat qui nous est apparu nécessaire.

Faut-il aller plus loin et décider, en dehors de l'hypothèse où l'immeuble a disparu et où une indemnité est venue prendre sa place dans l'ensemble des biens affectés au commerce, que l'usufruitier a le droit d'abandonner le local défectueux pour établir le fonds dans des conditions plus favorables (2), comme on lui a reconnu celui de vendre le

(1) Cette plus-value serait calculée suivant le mode indiqué au chapitre consacré à la restitution du fonds de commerce. Cf. en particulier *infra* p. 298.

Sur les motifs de cette solution, cf. aussi *infra* p. 332.

(2) *Comp.* Crouzet, p. 111 et 112.

matériel usé ou démodé et de le remplacer, et que ce changement constitue pour lui une obligation toutes les fois qu'il devient nécessaire à la conservation de la chose ?

L'idée que les immeubles constituent un bien particulièrement précieux ne semble pas permettre de rejeter sans examen ces solutions ; elles découlent du fait que l'immeuble commercial est un simple élément, souvent de faible importance relative, d'une masse dont la conservation doit être assurée et qui subsiste indépendamment de l'identité des parties qui la composent, toutes les fois que les intéressés les ont considérées uniquement dans leur valeur au point de vue de l'exploitation et non dans leur individualité. La détermination des biens qui doivent être envisagés de ce point de vue, est exclusivement une question d'intention sans rapport nécessaire avec leur nature juridique (1).

Seulement, ici se trouve le correctif nécessaire, il faut prendre garde que le caractère de fixité et de permanence des immeubles permet de présumer d'autant moins facilement l'intention de reconnaître entre eux, au point de vue de la restitution, un certain caractère d'équivalence que, l'achalandage s'attachant très fréquemment au local, le déplacement du fonds de commerce est toujours une opération dangereuse. La substitution aux immeubles affectés au commerce d'immeubles mieux adaptés aux nécessités de l'exploitation ne devrait donc être admise que dans le cas où elle viendrait à s'imposer comme acte de bonne administration (2) et où des circonstances de fait feraient clairement ressortir que le nu-propriétaire n'a aucune espèce d'intérêt à voir conserver dans la composition du fonds de commerce les immeubles mêmes qui s'y trouvaient compris à l'ouverture de l'usufruit.

En dehors de ce cas, il faut décider que le déplacement

(1) Comp. Baudry-Lacantinerie et Chauveau (des Biens, n° 19, p. 17 à 19) qui admettent que la fongibilité même d'objets isolés est uniquement question d'intention.

.Addé Aubry et Rau, II, n° 166, p. 41 ; Demolombe, X, n° 47, p. 25.
Contra : Planiol, I, n° 2184, p. 661 et 662.

(2) Comp. Trashed, p. 197 et 198 et n. 2.

du fonds par l'usufruitier constitue un abus de jouissance, donnant ouverture à l'action en déchéance de l'article 618 du Code Civil, parce qu'il est susceptible de provoquer une dépréciation de l'objet de l'usufruit, en supprimant la principale cause de stabilité des relations commerciales. S'inspirant du même fait, le législateur de 1909 a décidé que le commerçant qui déplace le siège de son exploitation sans le consentement des créanciers inscrits, perd le bénéfice du terme s'il en résulte une dépréciation de leur gage (1).

D'ailleurs, le droit accordé à l'usufruitier ne présente pas ici les inconvénients qu'il offrirait s'il s'agissait d'objets mobiliers corporels en raison de l'application de l'article 2279 du Code Civil ; et l'usufruitier, placé dans l'impossibilité de dissimuler la précarité de son droit et de trouver, pour l'immeuble devenu impropre à l'exploitation, un acquéreur qui consente à s'exposer au risque de traiter avec un simple gérant d'affaires, serait en pratique obligé de s'entendre au préalable avec le nu-propriétaire s'il reconnaissait la nécessité de faire dans la composition du fonds de commerce un pareil changement.

Il reste à examiner l'hypothèse où l'immeuble appartenant au même propriétaire que le fonds ne remplit pas les conditions de l'affectation commerciale.

Il est possible alors que l'acte établissant l'usufruit contienne ou implique, néanmoins, l'intention, de la part du constituant, d'établir, à côté du droit de jouissance sur le fonds, un droit indépendant d'usage sur l'immeuble ; c'est même, pour ceux qui n'admettent jamais qu'un immeuble appartenant au commerçant puisse faire partie du fonds de commerce et décident, quand les faits leur apportent un démenti, que l'affectation seule entre dans sa composition (2), le seul cas où l'usufruit peut s'étendre à l'im-

(1) Loi du 17 mars 1909, art. 13, al. 3.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 49, p. 56 et n. 2 ; Duvignau, p. 27.

Cf. supra p. 84.

meuble commercial. L'usufruitier a le droit de s'en servir pour y continuer l'exploitation, mais ne peut lui faire subir de transformations, puisqu'il possède seulement sur le local ou l'emplacement considérés isolément un droit distinct, soumis aux règles ordinaires de l'usufruit portant sur un immeuble.

Si, au contraire, le constituant apparaissait avoir entendu limiter l'usufruit au fonds de commerce, le propriétaire ne serait pas tenu de laisser le local à la disposition de l'usufruitier et celui-ci demeurerait, cependant, obligé de continuer ailleurs l'exploitation, à moins qu'il ne préfère renoncer à son droit.

§ II : *Usufruit du droit au bail*

Lorsque l'immeuble et le fonds appartiennent à des propriétaires différents, le local ou l'emplacement se trouvent en général à la disposition du commerçant en exécution d'un contrat de louage ; alors le droit au bail est soumis, comme élément du fonds, à la jouissance de l'usufruitier.

On a autrefois soutenu qu'au cas d'usufruit d'un bail, le droit portait en réalité sur les avantages à retirer du contrat qui formaient l'objet d'un quasi-usufruit et devaient être restitués (1).

Il est inutile d'insister longuement sur la fausseté de cette étrange théorie, abandonnée depuis longtemps : le véritable objet est le bail lui-même, bien incorporel comprenant une créance contre le propriétaire de l'immeuble, doublée d'une obligation envers lui, et ce bien, en l'absence de toute disposition contraire, est certainement susceptible d'usufruit par application de l'article 581 du Code

(1) Demolombe, X, n° 330 et 330 bis, p. 277 et 278 ; Duranton, III, n° 372, p. 363 à 365.

Caen, 23 mai 1868, D. S., v° Usufruit, n° 128, n. 4 — S. 69. 2. 18.

Ces auteurs et cet arrêt envisagent, il est vrai, seulement l'hypothèse d'un bail à ferme, mais le raisonnement s'appliquerait aussi bien au bail à loyer.

Civil (1) ; sans doute, la jouissance épuise alors toute l'utilité de la chose, mais cette conséquence fâcheuse tient seulement à sa nature périssable et se justifie sans invoquer la disposition de l'article 588 du Code Civil (2), dont l'analogie est imparfaite, la constitution de la rente viagère ayant nécessité le sacrifice d'un capital. En permettant implicitement que le droit au bail, limité à une durée le plus souvent relativement courte, soit grevé d'un usufruit presque toujours établi pour un temps indéterminé, le législateur a autorisé l'usufruitier à jouir du bail comme en aurait joui le preneur lui-même et a créé, au profit du nu-propriétaire, une simple chance d'en profiter par la suite à son tour, s'il n'est pas venu à expiration quand l'usufruit prendra fin ; il serait, en outre, injuste et illogique d'obliger l'usufruitier à restituer la valeur du bail sous une forme quelconque ; ce serait lui enlever tout le bénéfice de son droit et substituer, au profit du nu-propriétaire, à un bien essentiellement temporaire une valeur permanente, un capital.

Cependant, si le projet de loi sur la propriété commerciale actuellement en discussion est adopté, le bail expiré au cours de l'usufruit se trouvera, dans certains cas, remplacé dans la composition du fonds de commerce par une indemnité mise à la charge du nouveau locataire ou du propriétaire de l'immeuble où était établie l'entreprise ; dès maintenant, une substitution analogue peut se produire au cas d'expropriation pour cause d'utilité publique : l'indemnité allouée en représentation de la valeur du bail

(1) Aubry et Rau, II, n° 230, p. 685 et n. 20 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 580, p. 378, et n° 599, p. 391 ; Crouzet, p. 100 et p. 142 et 143 ; Hue, Commentaire, IV, n° 186, p. 235 et 236 ; Laurent, VI, n° 379, p. 481 et 482 et n° 426, p. 538 ; Proudhon, I, n° 367, p. 437 à 441.

Cass. Civ., 15 novembre 1898, D. 04. 1. 465 — ; Cass. Req., 19 janvier 1857, D. 59. 1. 279 — ; Douai, 22 janvier 1891, La Loi, 28 avril 1891 — ; Montpellier, 13 mars 1856, D. 57. 2. 160.

(2) Cf. cependant Aubry et Rau, II, n° 230, p. 685 ; Crouzet, p. 100.

Comp. ce qui est dit de l'usufruit s'exerçant sur les monopoles temporaires d'exploitation, supra p. 234 et 235.

interrompu (1) est soumise à la jouissance de l'usufruitier comme élément du fonds de commerce. Quels seront dans cette hypothèse ses droits et ses obligations ?

Dans la forme où elle a été votée par la Chambre des Députés, la proposition de loi sur la propriété commerciale tendait à reconnaître au commerçant, locataire de l'immeuble où a lieu l'exploitation, un droit de priorité sur le local par préférence aux concurrents qui pourraient être tentés de lui ravir l'achalandage en s'installant à sa place et un droit à une indemnité, au cas où le bailleur refuserait sans motif le renouvellement ou louerait à un concurrent avant qu'un certain délai se soit écoulé (2) ; réduite à des proportions plus modestes par la commission du Sénat, elle lui accorde maintenant le seul droit d'obtenir une indemnité égale à la plus-value conférée par son exploitation à la valeur locative de l'immeuble (3) ; c'est sous cette nouvelle forme qu'elle a réuni la majorité dans la Haute Assemblée (4).

Si le projet de la Chambre vient à prévaloir, l'usufruitier pourra certainement user du droit de priorité reconnu au locataire occupant, puisqu'il serait qualifié pour conclure le renouvellement du bail.

Il pourra aussi, quel que soit le projet qui l'emporte, toucher les dommages-intérêts que le propriétaire ou le nouveau locataire seront tenus de verser au locataire sortant, puisque ces dommages-intérêts sont la représentation du préjudice causé à l'entreprise par le refus de renouvellement du bail et doivent, par suite, profiter (5) à ceux qui en auraient bénéficié. Il s'ensuit que l'usufruit-

(1) Loi du 3 mai 1841, art. 39, al. 1^{er}.

(2) Levasseur, Rapports Supplémentaires, J. O. 1919, Doc. Parl. Chambre, ann. 5772, p. 899 et ann. 5813, p. 935.

(3) Morand, Rapport et Rapport supplémentaire, J. O. 1920, Doc. Parl., Sénat, ann. 262, p. 251 (p. 255, 2^e colonne) et ann. 525, p. 997, 3^e colonne.

(4) J. O. 1920, Déb. Parl., Sénat, p. 1969 à 1975.

(5) Comp., pour le cas de résiliation du bail isolément grevé d'usufruit, Proudhon, I, n° 367, p. 441.

tier qui encaissera cette indemnité ne pourra pas avoir sur elle plus de droits qu'il n'en aurait eu sur le bail dont le renouvellement lui a été refusé ; elle ne deviendra pas sa propriété, mais sera seulement soumise à son droit de jouissance comme un élément du fonds, auquel elle est incorporée par subrogation au droit au bail disparu et en représentation de la dépréciation subie par les autres éléments. Mais, bien qu'il n'en devienne pas propriétaire plus que d'aucune autre chose fongible comprise dans l'ensemble des biens affectés au commerce, l'usufruitier aura le pouvoir d'en disposer dans l'intérêt du fonds ; il s'en servira, par exemple, pour l'aménagement du local où le refus du propriétaire de l'immeuble l'aura obligé à transporter l'exploitation et ne sera pas tenu, à la fin de l'usufruit, à une restitution spéciale de la somme reçue.

Les mêmes solutions devraient être adoptées au cas d'expropriation.

S'il ne doit jamais remettre une indemnité représentative du bail expiré au cours de l'usufruit, l'usufruitier n'en demeure pas moins obligé de maintenir au complet l'ensemble des biens ayant reçu la destination commerciale ; aussi lui faut-il assurer la disposition du local nécessaire à l'exercice du commerce. Il remplit cette obligation par le renouvellement du contrat de louage, dont nous étudierons les effets dans la section consacrée au sort, à l'expiration de l'usufruit, des obligations nées du chef de l'usufruitier au cours de sa jouissance (1).

Il convient, enfin, de rappeler de nouveau, avant de clore ce paragraphe, que, lorsque le fonds de commerce comprend un droit au bail, une double obligation, active et passive, s'y trouve englobée et est avec lui soumise au droit d'usufruit. C'est là un exemple intéressant et certain de la transmission des obligations à l'usufruitier, rejetée en principe par la plupart des auteurs ; nous aurons l'occasion de l'examiner sous cet aspect dans notre prochaine section.

(1) Cf. *infra* p. 324 sq. et en particulier p. 331.

SECTION VI

LES OBLIGATIONS

Nous avons vu l'intérêt pratique qui s'attache à lier le sort des obligations actives et passives à celui du fonds de commerce, particulièrement à l'ouverture de l'usufruit (1), et les motifs nombreux et puissants qui militent en faveur de cette solution, que nous avons cru devoir adopter.

L'opinion contraire est, cependant, presque unanimement admise ; mais comme elle comporte de nombreuses exceptions, dont une particulièrement importante en faveur du droit au bail, les règles que nous allons essayer de dégager trouveront au moins dans ces exceptions une application pratique si l'on repousse la théorie que nous avons proposée.

Il convient, d'ailleurs, de remarquer que les partisans de l'opinion la plus répandue ne semblent pas s'être préoccupés d'expliquer comment se trouvent soumises au droit d'usufruit les obligations dont ils acceptent l'incorporation au fonds de commerce ; cependant, la question se pose même si, seules, les créances et les dettes qui résultent du contrat de location de l'immeuble y sont comprises.

Nous aurons d'abord à y répondre, faisant de nouveau appel à l'idée qui, déjà, nous a paru rendre compte du transfert de ces obligations au cessionnaire d'un fonds de commerce ; puis nous examinerons si l'application de cette idée aux obligations susceptibles de recevoir l'affectation commerciale produit, au cas d'usufruit, des résultats acceptables.

Mais il convient, au préalable, de bien préciser quelles personnes peuvent se trouver en présence des créanciers et des débiteurs commerciaux, du fait de l'ouverture de l'usufruit.

(1) Cf. *supra* p. 100 sq.

*
**

Dans les explications qui vont suivre, *l'ancien propriétaire*, ou son ayant cause universel tenu des mêmes obligations, est distingué du *nu-propriétaire* et de *l'usufruitier*.

Les trois qualités peuvent, en effet, se fixer sur des têtes différentes lorsqu'un commerçant donne ou lègue séparément l'usufruit et la nu-propriété du fonds de commerce ; le bailleur de l'immeuble commercial, par exemple, se trouve alors à la fois en présence de l'ancien commerçant, son co-contractant, et du donataire ou du légataire de la nu-propriété et, enfin, de l'usufruitier.

Mais les qualités d'ancien et de nu-propriétaire se confondent dans la plupart des cas, et particulièrement quand la jouissance seule du fonds de commerce a fait l'objet d'une donation ou d'un legs, comme aussi toujours lorsque l'usufruit a pour origine l'application des articles 754 et 767 du Code Civil ; alors, le bailleur n'a plus en face de lui que le nu-propriétaire, qui est en même temps son locataire primitif, et l'usufruitier, assimilable à un cessionnaire de la jouissance du bail. Dans cette seconde hypothèse, la plus fréquente, il suffit, pour déterminer les droits et les obligations du nu-propriétaire, de lui appliquer à la fois les règles qui le visent nommément et celles qui se rapportent à l'ancien propriétaire.

Il y aurait lieu de procéder d'une manière analogue si les qualités d'usufruitier et d'ancien propriétaire se trouvaient réunies sur la même tête ; cette dernière hypothèse, beaucoup plus rare que la précédente, se présenterait au cas de donation de la nu-propriété du fonds de commerce avec réserve de l'usufruit au profit du donateur : le bailleur, pour reprendre le même exemple, n'aurait plus alors en face de lui que l'usufruitier, preneur originaire, et le nu-propriétaire du droit au bail.

Ces remarques ne trouvent pas à s'appliquer seulement au cours de l'usufruit, mais aussi quand il vient à expiration ; elles n'intéressent pas les seules obligations nées antérieurement à l'entrée en jouissance, mais aussi celles

que l'usufruitier est appelé à contracter dans l'exercice de son droit ; leur portée dépasse donc l'objet de cette section, nous aurons l'occasion de le rappeler au cours du dernier chapitre de nos troisième et quatrième parties.

§ I : *Essai d'une explication du transfert des obligations commerciales à l'ouverture de l'usufruit*

Nous avons admis, lorsqu'un commerçant contracte des obligations, son intention de stipuler et de promettre pour lui et pour ses successeurs ; il engage ainsi l'ensemble de son patrimoine, dans lequel se trouve englobée la pleine propriété du fonds de commerce dont il a l'entière disposition. Le fonds comprend, dès lors, un élément actif, qui accroît sa valeur (la créance contre le bailleur d'immeuble, par exemple), et un élément passif, qui le grève entre les mains des successeurs (la dette corrélative des loyers), sauf au cas où une volonté formelle ou implicitement exprimée vient les en détacher en révoquant la stipulation.

Survienne un démembrement de la propriété, la stipulation produit ses effets ordinaires : l'usufruitier, par le fait seul de son entrée en jouissance, le nu-propriétaire, par son acceptation du legs ou de la donation, acceptent les stipulations et prennent à leur charge les engagements de l'ancien propriétaire. Créances et dettes suivent les autres éléments du fonds de commerce et, comme eux, sont transmises en jouissance à l'usufruitier (1), en nu-propriété au nu-propriétaire pour que tous les deux exercent sur elles leurs droits respectifs.

Si, à la suite de l'inventaire, le passif lui semble trop lourd, l'usufruitier ne peut s'en décharger qu'en renonçant à l'usufruit (2) ; il ne lui est pas permis de répudier les obligations en conservant la jouissance des autres éléments et, à plus forte raison, les dettes seules en gardant la jouissance de tout l'actif. Ce serait « garder le bon et laisser le

(1) Comp. Proudhon, II, n° 1025 à 1027, p. 480 et 481.

(2) Proudhon, II, n° 1027, p. 481.

« mauvais » (1) ; cette scission, préjudiciable aux intérêts du nu-propriétaire, est impossible par une simple déclaration unilatérale de volonté, parfaite sans son intervention (2). La renonciation partielle d'un usufruitier ne saurait être valable que lorsqu'on peut considérer les biens grevés comme ne formant pas un tout indivisible ; on admet alors l'existence de plusieurs usufruits indépendants, dont l'un est susceptible de faire isolément l'objet de la renonciation (3). Ces conditions ne sont évidemment pas remplies au cas d'usufruit du fonds de commerce dont l'unité, conforme à sa destination économique, est voulue par les parties intéressées et nécessaire pour sauvegarder à la fois le crédit du commerçant et le gage des créanciers. Le fonds de commerce est offert à la jouissance de l'usufruitier comme un ensemble indivisible, sur lequel, tout entier, elle doit s'exercer, sans qu'il lui soit permis de faire un choix entre ses éléments.

Mais ces règles, auxquelles nous a conduit logiquement la conception juridique à laquelle nous avons cru devoir nous arrêter, comportent deux *exceptions* :

La loi du 17 mars 1909 a établi une présomption légale subordonnant, par interprétation de la volonté des parties intéressées, à une manifestation explicite de leur intention le transport à l'acquéreur des obligations faisant partie d'un fonds de commerce transmis entre vifs à titre onéreux (4) : chaque fois que la constitution d'usufruit est assimilable à l'un des cas de cession prévus par l'article 3, alinéa 1^{er}, de cette loi, toutes les obligations demeurent donc fixées sur la tête de l'ancien propriétaire, à l'exception du bail (5), des obligations actives et passives qui se rattachent au droit pour le successeur (6) d'exiger qu'on le

(1) L'expression est de Demolombe, X, n° 412, p. 348, qui ne l'applique pas à la même hypothèse.

(2) Aubry et Rau, II, n° 234, p. 729 sq.

(3) Demolombe, X, n° 729, p. 644 et 645.

(4) Cf. supra p. 131 sq.

(5) Art. 1^{er}, al. 2.

(6) Cf. supra p. 108 à 110.

fasse profiter des rapports de clientèle et, exceptionnellement, des créances et des dettes à l'égard desquelles la nature particulière du fonds de commerce envisagé implique l'intention chez les parties intéressées de renverser la présomption légale (1).

Lorsque l'usufruit a été constitué par apport en jouissance, la société usufruitière peut, néanmoins, dans certaines circonstances déterminées, se trouver tenue du passif (2).

On doit également admettre que l'ancien propriétaire n'a pas entendu stipuler pour lui et ses successeurs dans le cas, surtout fréquent lorsqu'il s'agit d'un louage de services, où la cause déterminante de l'engagement a été la considération de la personne du commerçant, question de fait facile à résoudre surtout en déterminant les relations qui existaient entre les parties antérieurement au contrat et la nature des rapports qu'elles ont entretenus postérieurement.

§ II : *Effets du transfert des obligations*

Les obligations comprises dans la composition du fonds de commerce résultent, comme le droit au bail, de contrats synallagmatiques encore en cours d'exécution ou sont, comme l'engagement pris par un ancien employé de ne pas s'établir, purement unilatérales.

Les premières comportent deux obligations liées dans leur origine « parce qu'elles sont réciproquement cause « l'une de l'autre » (3), mais qui doivent être ensuite considérées isolément, car elles se décomposent en une créance au profit de l'ancien propriétaire et en une dette à sa charge ; aussi, sans consacrer un développement spécial aux obligations réciproques nées de contrats synallagmatiques, suffira-t-il d'étudier successivement les créances et les dettes.

(1) Cf. supra p. 114 et 115.

(2) Art. 7, al. 3.

(3) Gaudemet, p. 405.

1) *Créances* :

Le transport des créances étant parfait sans l'intervention du débiteur, l'ancien propriétaire (1) en est dessaisi et perd le droit de réclamer l'exécution.

L'usufruitier peut lui imposer cette abstention et se trouve, à l'égard du débiteur, dans la même situation qu'un cessionnaire de la jouissance ; le bailleur, par exemple, n'a pas le droit de refuser sans motifs graves de l'accepter pour locataire, car le bénéfice du louage d'immeubles est transmissible par nature (2), sauf si la faculté de céder le bail a été expressément interdite au preneur primitif (3) ; il doit donc lui assurer la jouissance dans les conditions mêmes où il s'était engagé à la procurer à son co-contractant. L'usufruitier a contre lui, pour l'y forcer, l'action directe du locataire primitif (4). Il nous paraît également avoir seul qualité pour recevoir le remboursement des créances échues (5) ; pour justifier ce droit, il ne

(1) Sur la double distinction de l'ancien propriétaire et du nu-propiétaire ou de l'usufruitier, cf. supra p. 253.

(2) Art. 1717 C. Civ.

Comp. art. 9 du projet de loi ayant pour objet de modifier et compléter la loi du 17 mars 1909. Réville, Rapport, J. O. 1919, Doc. Parl., Chambre, ann. 6682, p. 2383 (p. 2385, 1^{re} colonne).

(3) Boutaud et Chabrol, n° 99, p. 108 et n. 5 ; Cendrier, n° 406, p. 246.

(4) Crouzet, p. 129.

L'usufruitier a de même une action directe contre ceux qui feraient concurrence en violation d'un engagement contracté envers un des propriétaires antérieurs du fonds de commerce. Cf. supra p. 108.

(5) Cf., au cas d'usufruit portant sur une créance isolée, Aubry et Rau, II, n° 230, p. 695 et 696 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 585, p. 383 ; Colin et Capitant, I, p. 811 et 812 ; Demolombe, X, n° 323 à 326, p. 271 à 273 ; Laurent, VI, n° 413, p. 520 à 523 ; Proudhon, II, n° 1031, p. 483 et n° 1044, p. 493 et 494.

Cass. Req., 8 novembre 1881, D. 83. 1. 174 — S. 85. 1. 11 — ; Cass. Req., 21 janvier 1845, D. 45. 1. 104 — S. 45. 1. 129.

Contra : Demante, II, n° 426 bis-III, p. 507 ; du Caurroy, Bonnier et Roustain, II, n° 198, p. 130 ; Hue, Commentaire, IV, n° 185, p. 233 à 235 ; Labbé, Note sous Grenoble, 17 juillet 1868, S. 69. 2. 9. (3^e colonne).

semble pas plus nécessaire ici qu'au cas d'usufruit portant à titre principal sur une créance (1), d'invoquer par analogie la solution donnée par l'article 39 de la loi du 3 mai 1841, non plus que de lui attribuer la qualité d'administrateur pour le compte du nu-propiétaire ; ce n'est pas seulement dans l'intérêt de ce dernier, mais avant tout pour lui-même que l'usufruitier a le droit de recevoir et d'exiger le remboursement, cet acte entrant dans l'exercice normal de sa jouissance, dont il est à la fois la condition et la conséquence. La créance, ici se trouve le nœud de la difficulté, est le droit pour le créancier d'exiger du débiteur une prestation principale, qui, dès l'origine, est en vue ; en l'exigeant le moment venu, l'usufruitier ne transforme donc pas son droit, mais se borne à l'exercer suivant le mode que comporte la nature de la chose. On pourrait ajouter, en outre, que les deniers remboursés prennent la place de la créance dans l'universalité constituée par le fonds de commerce (2).

Quant au nu-propiétaire, il ne peut pas poursuivre l'exécution d'une obligation dont la jouissance appartient à l'usufruitier (3) et le paiement effectué entre ses mains ne libérerait pas le débiteur pourvu, du moins, que l'usufruitier ait rempli, s'il y a lieu, les formalités nécessaires pour être saisi de la créance. Mais il a le droit d'exiger que l'usufruitier ne laisse pas dépérir le fonds de commerce par sa négligence et, quel que soit l'objet de la créance, dation, fait ou abstention, il peut l'obliger à le faire exécuter.

L'usufruitier demeure ensuite tenu d'utiliser l'avantage obtenu dans l'intérêt du fonds : c'est ainsi qu'il pourrait être l'objet d'une action en déchéance pour défaut d'entretien s'il se contentait d'obliger le bailleur à maintenir le local à sa disposition sans lui conserver la destination com-

(1) Cf., cependant, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 585, p. 383.

(2) Comp., pour le cas d'usufruit universel, Hue, Commentaire, IV, n° 185, p. 234.

(3) Art. 599, al. 1^{er}, C. Civ.

merciale, ou s'il gardait, sans lui donner un emploi, le capital qu'il aurait encaissé. La conservation du fonds de commerce est subordonnée à l'activité de tous ses éléments, auxquels la communauté d'affectation confère leur plus-value, et l'usufruitier n'a le droit de laisser aucun d'entre eux sans l'utiliser et le faire concourir à la prospérité de l'ensemble.

L'abus de jouissance et la négligence ne doivent donc pas être envisagés de la même manière suivant qu'une créance fait isolément l'objet principal d'un usufruit ou qu'elle est comprise dans l'ensemble des biens consacrés à l'exploitation commerciale : dans le second cas, l'obligation de l'usufruitier est plus stricte ; il y gagne, en revanche, une liberté beaucoup plus grande, tendant parfois à se rapprocher d'un véritable droit de disposition, que l'on peut considérer comme ressortant d'une administration normale (1). D'abord, il peut certainement renoncer à la créance d'une certaine prestation, à un marché ; à un traité moins avantageux pour y substituer une nouvelle convention plus favorable ; il ne fait en cela qu'administrer intelligemment et le nu-propiétaire ne saurait le lui reprocher (2). Il faut décider, en outre, que l'usufruitier ne saurait être inquiété pour avoir laissé perdre une créance dont il tenait la jouissance de son prédécesseur si, par ailleurs, il a maintenu l'ensemble du fonds dans un état de prospérité au moins égal à celui dans lequel il l'a reçu. En effet, de quoi le nu-propiétaire se plaindrait-il ? Ce qui doit faire l'objet de la restitution, ce ne sont point les biens, considérés isolément, qui entraient dans la composition du fonds de commerce à l'ouverture de l'usufruit, mais le fonds lui-même ; et celui-ci n'a point dé péri. Il ne peut donc être question de dommage à réparer, ni de garanties à prendre et l'article 618 du Code Civil sur l'abus de jouissance ne s'applique pas.

(1) Comp. supra p. 226 et 246.

(2) Comp. Cass. Civ., 15 novembre 1898, D. 04. 1. 465 (p. 469, 2^e colonne), qui, au cas d'usufruit d'un bail même considéré isolé-

2) *Dettes :*

Contrairement au transport des créances, le transport des dettes demeure imparfait tant que le créancier n'a pas déchargé le débiteur primitif, en raison de l'insuffisance de tous les expédients employés en droit français pour réaliser le transport des dettes. Bien que, dans ses rapports avec l'usufruitier et le nu-propiétaire, il leur ait transmis les obligations passives, l'ancien commerçant (1) peut donc s'en voir réclamer l'exécution par les créanciers commerciaux.

Deux questions se posent alors, celle de l'obligation et celle de la contribution aux dettes.

Nous avons été amené à considérer l'ancien commerçant comme s'étant personnellement engagé, tout en promettant pour ses successeurs ; il se trouve ainsi placé dans une situation très défavorable, mais il convient de bien observer que l'application à l'hypothèse de l'usufruit de la théorie qui exclut, en principe, les obligations du fonds de commerce, ne le favoriserait point davantage (2).

Privé de tous les avantages des contrats, dessaisi du fonds de commerce, en considération duquel ils ont été conclus, il reste, néanmoins, tenu des obligations sur tous ses biens ; et comme, à côté de lui, l'usufruitier devient également obligé (3), seule la situation du créancier se trouve

ment, a décidé que l'usufruitier avait fait un acte de sage administration en le résiliant, en raison des circonstances de fait.

(1) Il peut être opportun de rappeler de nouveau ici que nous distinguons dans ces explications l'ancien propriétaire et du nu-propiétaire, et de l'usufruitier, bien que, le plus souvent, les deux qualités d'ancien propriétaire, d'une part, et, d'autre part, d'usufruitier ou surtout de nu-propiétaire se trouvent réunies sur la même tête. Cf. *supra* p. 253.

(2) Cf. *supra* p. 100 sq.

(3) Ceci est exact, même dans l'opinion générale, en ce qui concerne le bailleur d'immeuble et les titulaires des créances pour lesquelles ont été admises des exceptions au principe de l'exclusion du fonds de commerce.

améliorée ; en voulant sauvegarder ses intérêts, on sacrifie le crédit du débiteur primitif.

L'assimilation du fonds de commerce à un patrimoine distinct apparaît comme le meilleur moyen de dégager l'ancien propriétaire, tout en donnant une sûreté suffisante au créancier par le maintien de l'affectation exclusive du fonds de commerce à la garantie des dettes commerciales.

Dès maintenant, il semble, d'ailleurs, qu'une limitation devrait au moins être apportée au droit que le créancier possède d'attaquer directement l'ancien propriétaire, quand il a été informé du transport de l'obligation opéré par l'ouverture de l'usufruit ; il sait, en ce cas, que le fonds de commerce est aux mains de l'usufruitier ; il voit, d'autre part, que l'exécution est bien difficile, sinon impossible, à son débiteur originaire, devenu étranger au commerce ; dès lors, quand rien ne permet de prévoir une résistance de la part de l'usufruitier et du nu-propriétaire, pourquoi, tenant compte du fait que le transport ne lui cause aucun préjudice, ne pas forcer le créancier à s'adresser d'abord directement à ceux à la charge de qui doit finalement rester l'obligation ? L'application de la théorie de l'abus du droit (1) permettrait peut-être de le faire, quand le créancier agit réellement sans intérêt, car l'usage de son droit est ici bien près de se transformer en abus ; mais elle paraîtra difficilement admissible à beaucoup, alors qu'on ne peut relever à sa charge aucun fait proprement illicite, comme portant atteinte à un droit du propriétaire poursuivi (2), et, surtout, que l'absence de tout intérêt pourra être bien difficile à apprécier ; on en est donc encore réduit, semble-t-il, à remarquer que, seule, la reconnaissance du fonds de commerce comme patrimoine séparé fournirait une solution satisfaisante.

Ayant admis que les obligations passives sont devenues

(1) Sur cette théorie, cf. Colin et Capitant, II, p. 383 ; Ferron, Note sous Civ. Bordeaux, 14 décembre 1903, S. 05. 2. 17 ; Ripert, R. C. 1906, p. 366 ; Saleilles, B. S. E. L. 1905, p. 345 et 348.

(2) Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, IV, n° 2855, p. 537 à 544 ; Planiol, II, n° 871, p. 280 à 283.

opposables à l'usufruitier par l'acceptation qui résulte de son entrée en jouissance, il faut accorder contre lui aux créanciers les actions mêmes qu'ils possédaient contre leur débiteur originaire ; elles leur permettent de poursuivre non seulement sur l'usufruit du fonds de commerce, mais sur l'ensemble de son patrimoine, dans lequel l'usufruit est venu prendre place, l'accomplissement des obligations contractées par l'ancien propriétaire, dans la mesure où l'usufruitier s'est engagé à les exécuter (1), c'est-à-dire en tant qu'elles constituent une charge de la jouissance. Cette solution n'est pas trop rigoureuse, puisque l'usufruitier a seulement le droit de jouir du fonds de commerce tel qu'il se trouve composé à l'ouverture de l'usufruit, déduction faite du passif commercial ; l'inventaire lui fait connaître l'étendue des engagements qu'il assume et la renonciation lui permet à tout moment de s'y soustraire.

Le nu-propriétaire, enfin, peut se voir réclamer le paiement du capital des dettes sur la nu-propriété des biens affectés au commerce et la pleine propriété de ses autres biens. La nature du fonds, simple fraction de patrimoine dépourvue d'indépendance juridique, entraîne cette conséquence, à laquelle le nu-propriétaire a toujours la faculté d'échapper, en refusant d'accepter la donation ou le legs qui l'investissent de son droit (2).

L'ancien propriétaire poursuivi par le créancier a le droit de se retourner contre l'usufruitier et le nu-proprié-

(1) L'idée de la limitation contractuelle des droits des créanciers contre l'usufruitier du fonds de commerce sera étudiée au sujet de sa libération à leur égard, qui se produit à l'expiration de l'usufruit : Cf. infra p. 322 et 323.

(2) Nous pouvons dire que le nu-propriétaire peut toujours se soustraire au paiement du passif en refusant la libéralité qui lui est offerte parce que, dans tous les cas où il tient son droit d'une cause autre qu'une donation ou un legs, dans tous les cas, par conséquent, où la faculté d'éviter la charge des obligations en repoussant la nu-propriété ne saurait lui être reconnue, il se trouve en même temps tenu comme étant soit l'ancien commerçant lui-même, soit l'ayant cause universel de ce dernier. Cf. supra p. 253.

taire et d'exiger qu'ils exécutent, chacun en ce qui le concerne, tous les engagements incorporés au fonds de commerce ; ils nous semblent, en effet, en avoir assumé la charge, l'un en n'usant pas de son droit de renonciation et en entrant en jouissance, l'autre en acceptant la donation ou le legs.

L'usufruitier doit supporter toutes les dettes constituant la contre-partie d'un avantage qui lui est procuré, comme les loyers de l'immeuble commercial, les salaires du personnel ; ces obligations corrélatives au droit d'exiger la prestation convenue s'imposent à lui parce que le contrat de louage de choses ou de services constitue un élément du fonds de commerce (1) et non pas seulement la prestation, qui en est simplement l'effet ; c'est pourquoi l'usufruitier ne peut en réclamer le bénéfice et refuser d'en acquitter le prix. Il supporte aussi les intérêts des dettes commerciales qui doivent être considérés comme des revenus passifs à déduire des bénéfices. Enfin, les obligations dont l'exécution est le fait propre de l'exploitant, telles que l'engagement contracté par un prédécesseur envers un concurrent de ne pas le gêner dans l'exercice de son commerce, celles résultant des marchés à recevoir ou à livrer en cours d'exécution, sont également exclusivement à sa charge ; leur accomplissement serait, d'ailleurs, impossible au nu-propriétaire, étranger à l'exploitation.

Les créanciers ne peuvent pas, en principe, lui réclamer autre chose (2), mais, en fait, il a le plus souvent avantage à payer même le capital des autres dettes, car le nu-propriétaire à qui ce paiement serait demandé, aurait le droit de faire vendre certains éléments pour se procurer les capitaux nécessaires.

Si le nu-propriétaire, n'usant pas de ce droit, dont l'exercice peut être préjudiciable à l'entreprise elle-même, payait les dettes, il pourrait exiger de l'usufruitier non seulement l'intérêt des sommes déboursées, mais leur remboursement

(1) Cf. *supra* p. 249.

(2) *Contra* : Proudhon, II, n° 4026, p. 481.

progressif s'il s'agit du règlement d'une dépense donnant lieu à un amortissement eu égard à la nature du commerce et aux habitudes du précédent propriétaire.

Ces solutions, pour la plupart analogues à celles que donne l'article 612 du Code Civil au cas d'usufruit universel ou à titre universel, découlent simplement de l'idée que l'usufruitier a seulement le droit à la jouissance du fonds de commerce, déduction faite du passif commercial qui le grève.

Au cas, très fréquent (1), où l'usufruit du fonds de commerce se présente sous la forme d'un usufruit légal par application des articles 384, 754 ou 767 du Code Civil, il se trouve généralement compris dans un usufruit universel ou à titre universel.

Dans le premier cas, il ne peut y avoir de difficulté.

Dans le second, nous pensons que le fonds devrait être attribué à l'usufruitier pour sa valeur nette, déduction faite du passif ; il supporterait seul toutes les dettes commerciales, suivant les principes qui viennent d'être proposés, uniquement en raison de son droit de jouissance sur le fonds dans lequel elles se trouvent englobées ; cela est si vrai qu'un usufruitier à titre particulier les supporterait comme lui.

Seule, la contribution aux dettes non commerciales du précédent propriétaire serait ensuite réglée conformément aux dispositions de l'article 612 du Code Civil.

Ainsi, les créanciers commerciaux conservent, comme gage de toutes leurs créances, le fonds de commerce et, comme débiteur, le nu-propriétaire ou l'usufruitier entre les mains de qui se trouvent les biens qui constituent leur garantie ; c'est là un des grands avantages pratiques que réalise la conception du fonds de commerce comme une fraction de patrimoine. Elle offre également celui de mettre à la disposition de l'usufruitier le moyen d'assurer l'exploitation dans les conditions les plus favorables.

(1) Cf. supra p. 154 sq.

Mais nous ne pensons point présenter comme définitives les conclusions auxquelles elle nous a conduit, ni comme les meilleurs les moyens auxquels nous avons dû recourir pour la mettre en œuvre ; ce sont de simples suggestions qui, du moins, permettent de mesurer les difficultés que la théorie actuellement admise est également impuissante à résoudre et à éviter.

CHAPITRE QUATRIÈME

EXPLOITATION DU FONDS DE COMMERCE PAR L'USUFRUITIER (SUITE)

OBLIGATIONS CONTRACTÉES PAR L'USUFRUITIER DANS L'EXERCICE DE SON DROIT

Pour tirer parti du fonds dont il a la jouissance et en assurer la conservation, l'usufruitier ne peut échapper à la nécessité d'exercer le commerce ; quels sont, dès lors, les effets des obligations qu'il contracte et quelles sûretés réelles peut-il offrir à ceux de ses créanciers qui exigeraient de lui des garanties spéciales ? Ce sont les questions que nous allons examiner dans ce chapitre.

Nous étudierons aussi dans un appendice le recours des créanciers contre le mari, titulaire d'un droit de jouissance sur le fonds de commerce de sa femme à qui il a laissé le soin d'en assurer l'exploitation. Cette question, rappelons-le, aurait dû trouver place dans le chapitre consacré à l'hypothèse où l'usufruitier n'exerce pas lui-même le commerce ; mais, comme elle ne pouvait être utilement traitée qu'une fois déterminée la nature du bénéfice, comme, d'autre part, il était intéressant de rapprocher des obligations contractées par l'usufruitier exploitant lui-même, qui demeurent sans effet au cours de la jouissance à l'égard du nu-propriétaire, les engagements pris par le nu-propriétaire chargé par l'usufruitier d'exercer le commerce, qui, au contraire, deviennent dans une certaine mesure opposables à ce dernier, nous avons cru devoir sacrifier ici à la clarté des explications la logique du plan.

SECTION I

NÉCESSITÉ POUR L'USUFRUITIER DE CONTRACTER DES OBLIGATIONS

A moins qu'il n'ait pris le parti de se décharger des soucis et des dangers du négoce en louant le fonds ou en cédant son droit d'usufruit, cas dans lesquels il est seulement responsable des conséquences fâcheuses que peuvent avoir, à l'égard du nu-propriétaire, les actes du locataire ou du cessionnaire, l'usufruitier est obligé d'exercer le commerce (1) ; rien, en effet, ne peut être plus rapidement et plus sûrement fatal à la prospérité d'une affaire que l'inaction du commerçant. Aussi le nu-propriétaire serait-il en droit de demander la déchéance de l'usufruitier pour défaut d'entretien si, redoutant les difficultés de la gestion, celui-ci s'avisait d'essayer d'utiliser et de conserver chacun des divers éléments sans accomplir d'actes de commerce. Il leur retirerait ainsi l'affectation d'où résulte leur plus-value et détruirait, par sa faute, l'objet de son droit.

Comme, d'autre part, l'exercice du commerce, dont l'opération fondamentale consiste à acheter pour revendre, s'analyse, au point de vue juridique, en une succession de contrats, l'usufruitier se trouve tenu d'acquiescer sans cesse des créances et de contracter des dettes.

A côté de ces obligations résultant de l'exploitation courante, la composition particulière du fonds de commerce lui impose souvent la nécessité d'en contracter d'autres qui, suivant les circonstances, peuvent présenter une importance au moins égale pour l'accomplissement de son obligation d'entretien ; elles ont pour but d'assurer à l'entreprise la disposition d'un élément qui concourt à la prospérité de l'ensemble ou, plus largement, d'obliger un tiers à accomplir un acte ou à fournir une prestation avantageux.

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 742 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 ; Colin et Capitant, I, p. 798 ; Laurent, VI, n° 420, p. 531 et 532 ; Lèbre, n° 11, p. 14 ; Ruben de Couder, v° Fonds de Commerce, n° 19, p. 357.

Le droit au bail peut en être considéré comme le type : lorsque l'usufruitier, à son entrée en jouissance, a trouvé le fonds de commerce établi dans un local tenu en location, il a acquis le droit de profiter du bail et nous avons établi que même l'expiration du contrat au cours de l'usufruit ne mettait à sa charge aucune restitution pour les avantages qu'il avait pu en retirer (1) ; toutefois, il ne nous semble pas quitte envers le nu-propriétaire s'il ne déploie pas toute l'activité d'un commerçant avisé pour assurer la disposition soit d'un autre local par un contrat passé avec un nouveau propriétaire, soit, plus simplement, du même immeuble par le renouvellement du bail (2).

Cette question du renouvellement par l'usufruitier d'un contrat soumis à son droit de jouissance semble particulière à l'hypothèse de l'usufruit d'un fonds de commerce ; elle ne se poserait même pas si l'usufruit portait sur un contrat, un bail par exemple, qui en constituerait l'objet principal. Dans ce dernier cas, l'époque de l'expiration une fois arrivée, l'usufruitier, définitivement libéré à l'égard du nu-propriétaire, passerait, si bon lui semble, en son propre nom un nouveau contrat avec le bailleur ; à sa mort, ses ayants cause se trouveraient simplement substitués à lui vis-à-vis de ce dernier, sans que le nu-propriétaire du bail précédent, étranger à la convention actuelle, ait aucune qualité pour intervenir.

Au contraire, lorsque le droit au bail n'est qu'un élément d'un ensemble de biens sur lequel porte l'usufruit, l'expiration du contrat ne libère point l'usufruitier ; il demeure tenu d'assurer la conservation de la chose et cette obligation implique presque toujours la substitution au bail échu d'un bail nouveau, qui prend sa place dans l'économie du fonds de commerce.

L'usufruitier est donc obligé de contracter les obligations dont l'incorporation au fonds de commerce paraît

(1) Cf. supra p. 249.

(2) Marseille, 25 mai 1877, sous Aix, 12 mars 1878, S. 78. 2. 265 (Motifs du jugement, p. 266, 1^{re} et 2^e colonnes).

indispensable pour en assurer l'intégrité et permettre l'accomplissement des restitutions ; mais l'unité du patrimoine du commerçant ne permet pas de considérer ces obligations comme définitivement englobées par son fait dans l'ensemble des biens affectés au commerce, ni de leur faire produire effet à l'égard du nu-propiétaire au cours même de l'usufruit, ni de les lui transmettre directement à la fin, comme faisant partie du tout ainsi constitué. Ce dernier point soulève une des difficultés les plus graves que nous ayons rencontrées ; nous comptons y proposer dans notre quatrième partie (1) une solution dont la formule est peut-être défectueuse, mais dont les conséquences d'application paraissent, du moins, nécessaires.

SECTION II

EFFETS DES ENGAGEMENTS CONTRACTÉS PAR L'USUFRUITIER

L'usufruitier, qui exploite dans son propre intérêt et en son nom personnel, devient commerçant (2) ; il en résulte qu'il est justiciable des tribunaux consulaires, tenu, s'il est marié, à l'ouverture de l'usufruit ou contracte mariage pendant sa durée, de faire publier son contrat de mariage dans les conditions prévues aux articles 67 et suivants du Code de Commerce et, surtout, qu'il peut être déclaré en faillite ou en liquidation judiciaire.

Le nu-propiétaire, au contraire, demeure, au cours de l'usufruit, absolument étranger aux obligations que l'usufruitier contracte et ne lie aucun rapport ni avec ses créanciers, ni avec ses débiteurs ; l'usufruitier ne peut s'engager que sur les biens dont il a la libre disposition et son droit

(1) Cf. infra p. 325.

(2) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 741, n. 6 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 ; Boufaud et Chabrol, n° 441, p. 438 ; Colin et Capitant, I, p. 798 ; Crouzet, p. 125 et 126 ; Thaller, A. D. C. 1896, n°s 14 et 15, p. 204 et 205.

Cass. Req., 29 janvier 1883, D. 83. I. 314 — S. 85. I. 482.

Cf., cependant, contra : Lyon, 13 février 1890, A. D. C. 90, I, p. 230.

sur le fonds de commerce est absolument distinct de celui du nu-propriétaire : aucune conséquence de ses actes ne peut donc atteindre le patrimoine de ce dernier.

Il s'ensuit que les créanciers de l'usufruitier ont seulement le droit de poursuivre sur tous ses biens, comprenant la pleine propriété de son patrimoine civil et l'usufruit du fonds de commerce, l'exécution des engagements qu'il a pris ; aussi leur recours risque-t-il de devenir à peu près illusoire s'il ne possède pas de fortune personnelle.

Au cas de faillite, l'usufruit seul peut être vendu et non le fonds de commerce lui-même dont le propriétaire conserve toujours le droit de revendiquer la nu-propriété contre la masse (1).

Il nous semble même nécessaire d'admettre, comme une conséquence de l'idée que le fonds de commerce constitue une universalité, que le droit réel du nu-propriétaire, opposable aux créanciers de l'usufruitier, s'étend non seulement aux éléments qui, comme les marchandises achetées en remplacement de marchandises aliénées, ne se trouvaient pas compris dans le fonds de commerce à l'établissement de l'usufruit et ont été subrogés à des éléments disparus (2), mais même aux éléments qui, comme les marchandises nouvelles, sont venus accroître la valeur du fonds depuis l'ouverture de l'usufruit sans prendre la place d'éléments disparus : les créanciers auront seulement le droit, à l'extinction de l'usufruit, de poursuivre du chef de leur débiteur le paiement de l'indemnité qui pourra lui être due pour la plus-value ainsi procurée au cours de sa jouissance (3). La solution contraire présenterait l'incon-

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 741 et n. 6 ; Boutaud et Chabrol, n° 411, p. 439 ; Colin et Capitant, I, p. 798 ; Thaller, A. D. C. 1896, n° 14, p. 204.

(Cass. Req., 10 avril 1814, D. R., v° Usufruit, n° 207, n. 1. — S. 14. 1. 238.

(2) Cass. Req., 10 avril 1814, D. R., v° Usufruit, n° 207, n. 1 — S. 14. 1. 238.

(3) Cf. infra p. 310.

vénient de permettre un démembrement préjudiciable au nu-propriétaire et serait peu conforme aux tendances du législateur de 1909, dont l'œuvre témoigne du souci de maintenir l'unité du fonds de commerce (1).

Si l'on admettait qu'il constitue une chose fongible susceptible seulement de quasi-usufruit, il faudrait décider, au contraire, que le nu-propriétaire, simple créancier du prix d'estimation, ne peut rien revendiquer contre les créanciers de l'usufruitier, mais vient en concours avec eux sur le produit de la vente du fonds de commerce (2).

Si, enfin, on considérerait individuellement les biens qui le composent comme soumis, suivant leur nature, les uns à un usufruit véritable, les autres à un quasi-usufruit, la revendication du nu-propriétaire s'exercerait exclusivement sur les premiers (3).

SECTION III

SÛRETÉS RÉELLES OFFERTES AUX CRÉANCIERS PAR L'USUFRUITIER

L'usufruitier amené par les nécessités de son exploitation à recourir au crédit peut naturellement établir sur ses propres biens des sûretés réelles au profit de ses créanciers ; mais, s'il ne possède aucune fortune, il en est réduit à leur offrir la garantie fragile que constitue le nantissement de son droit de jouissance sur le fonds ou un gage ou une hypothèque sur l'usufruit de certains éléments isolés, mobiliers ou immobiliers.

(1) Arg. loi du 17 mars 1909, art. 2, al. 3, art. 15, al. 1^{er} et art. 20, al. 1^{er}.

(2) Rouen, 5 juillet 1824, D. R., v^o Usufruit, n^o 206, p. 1665, n. 1 — S. 25. 2. 132.

(3) Cette idée est admise explicitement par Crouzet (p. 149 à 151) : le nu-propriétaire viendrait à la faillite comme simple créancier du prix d'estimation des marchandises tandis qu'il reprendrait comme propriétaire les autres éléments.

Elle devrait logiquement être également admise par tous les auteurs qui considèrent l'usufruitier comme propriétaire des marchandises. Cf. supra p. 216, n. 1.

Seules, les marchandises qu'il a normalement le droit d'aliéner, lui fournissent peut-être un objet dont il peut donner la pleine propriété en gage ; et encore, comme son droit sur le stock n'est point un quasi-usufruit, on peut se demander si un pareil nantissement serait valable et, dans l'affirmative, s'il serait opposable au nu-propriétaire à la fin de l'usufruit.

Le nantissement de l'usufruit du fonds de commerce paraît réunir les conditions requises pour la validité du gage tant en ce qui concerne l'objet que la personne du constituant.

Comme la pleine propriété du fonds de commerce est susceptible de nantissement (1), il n'existe aucun motif de refuser aux titulaires des droits nés de son démembrement, dont le rapprochement la reconstituerait dans son intégrité, le pouvoir de donner ces droits en gage (2), pourvu seulement qu'ils soient dans le commerce. Cette dernière condition se trouve remplie dans tous les cas où l'on considère l'usufruit comme cessible ; au contraire, quand, exceptionnellement, il est attaché à la personne, le nantissement n'est plus réalisable ; il en serait ainsi du droit de jouissance des père et mère sur le fonds échu à leur enfant mineur (3), du mari sur celui qui appartient à la femme mariée sous le régime exclusif de communauté ou dotal.

L'usufruitier remplit également la condition exigée de la personne du constituant, la capacité d'aliéner l'objet du gage, puisqu'il s'agit non pas du fonds de commerce lui-même, mais de l'usufruit.

Le nantissement est soumis à toutes les règles de forme et de fond posées par la loi du 17 mars 1909 ; leur application se justifie par les mêmes raisons que lorsque le gage porte sur la pleine propriété, hypothèse normale seule envisagée par le législateur. En particulier, qu'il s'agisse

(1) Loi du 17 mars 1909, art. 8.

(2) Cf. Planiol, II, n° 2725, p. 832 et 833.

(3) Crouzet, p. 136 et 137.

d'un gage civil ou commercial (1), la rédaction d'un acte écrit est toujours indispensable à la validité du nantissement à l'égard des tiers ; les arguments invoqués pour expliquer cette exigence, nécessité de prévenir toute contestation sur l'étendue du gage et de présenter un acte au greffier pour requérir l'inscription du privilège (2), s'appliquent, en effet, aussi bien à l'usufruit qu'à la pleine propriété ; et, d'autre part, les motifs d'écarter la nécessité de la rédaction d'un écrit pour le gage commercial, fréquence de l'emploi de cette sûreté et rapidité des opérations du commerce, n'existent pas, parce que l'usufruitier réserve pour des circonstances graves un moyen de crédit qui engage son droit tout entier. D'ailleurs, même antérieurement à la loi de 1909, on admettait généralement (3) qu'un écrit était nécessaire pour rendre opposable aux tiers le nantissement commercial non seulement des créances (4), mais de tous les biens incorporels : notre solution aurait donc pu déjà être adoptée.

Le nantissement s'étend à l'usufruit des divers éléments du fonds de commerce dans les conditions fixées par l'article 9 de la loi du 17 mars 1909. A défaut de désignation précise, y sont seuls compris ceux qu'a visés l'alinéa 3 ; jamais n'y peuvent être compris ceux qu'a implicitement écartés l'énumération de l'alinéa 1^{er}.

Lorsque le créancier en vient à la réalisation de son gage, du fait que certains éléments s'en trouvent exclus, il peut résulter un grand dommage pour le nu-propriétaire. Une extension en sa faveur du droit de demander la

(1) Loi du 17 mars 1909, art. 10, al. 1^{er}, et sur cette disposition Boudaud et Chabrol, Supplément, n° 85, p. 33 ; Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 294, p. 456 ; Montier et Faucon, n° 21, p. 142.

(2) Bouvier-Bangillon, L. N. 1909, n° 293, p. 456 et n° 30, p. 353 ; Cordelet, Rapport, J. O. 1907, Doc. Parl. Sénat, ann. 44, p. 10, 3^e colonne ; Perceyrou, Rapport, B. S. E. L. 1903, p. 236.

(3) Aubry et Rau, VI, n° 433, p. 272 à 274 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, du Nantissement, I, n° 151, p. 149 et 150 ; Laurent, XXVIII, n° 491, p. 484 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 283 à 285, p. 250 à 253.

(4) Visées seules par la lettre du 4^e alinéa de l'art. 91 C. Com.

vente globale de l'usufruit paraîtrait conforme à l'esprit qui a inspiré le législateur de 1909, si les termes de l'article 20, alinéa 1^{er}, ne réservaient formellement ce droit aux créanciers inscrits. Mais, lorsque ces derniers viennent à l'exercer, le nu-propiétaire profite de leur initiative qui sauvegarde l'unité du fonds. Il peut même les obliger indirectement à en user par la menace d'une action en déchéance exercée contre l'usufruitier, leur débiteur, dont l'imprudence dans l'établissement du nantissement produit des conséquences menaçantes pour la conservation de la chose (1). Sur son action, les juges, usant du pouvoir discrétionnaire qui leur est laissé (2), pourraient soit « prononcer l'extinction absolue de l'usufruit », et alors le nantissement serait éteint par voie de conséquence, l'objet sur lequel il porte n'existant plus, soit ordonner toutes mesures propres à assurer à l'usufruitier le maintien de tout ou partie de sa jouissance et au créancier nanti la conservation de son droit, tout en garantissant au nu-propiétaire que le fonds ne sera pas entamé. Parmi ces mesures, il leur serait certainement possible de choisir la vente globale de l'usufruit de tous les biens affectés au commerce ; le créancier gagiste serait alors payé sur le prix, dont le reliquat appartiendrait à l'usufruitier et, à l'expiration de sa jouissance, le nu-propiétaire rentrerait en possession du fonds, exploité jusque-là par l'acquéreur.

Le nantissement de l'usufruit apparaît ainsi comme un moyen de crédit dangereux à employer pour l'usufruitier et une garantie fragile pour ses créanciers ; il nous reste à voir si le droit de jouissance s'exerçant sur certains éléments ou certains éléments eux-mêmes peuvent constituer l'objet de sûretés d'un emploi plus pratique.

L'usufruitier a le droit, en se conformant aux règles du droit commun, de *donner en gage l'usufruit de chacun des éléments mobiliers* du fonds de commerce considéré indi-

(1) Art. 618, al. 1^{er}, C. Civ.

(2) Art. 618, al. 3, C. Civ.

viduellement ; il n'existe aucun motif de lui interdire, dans la limite de sa jouissance, ce que l'on permet au propriétaire pour la pleine propriété, l'indivisibilité de l'usufruit ne pouvant être plus absolue que celle du fonds de commerce lui-même, sauf à donner au nu-propriétaire les moyens d'éviter que la réalisation du gage ne devienne préjudiciable à ses droits.

Le gage s'établit alors par la remise du titre constatant l'usufruit (1) et devient opposable aux tiers par la simple rédaction d'un acte public ou sous seing privé enregistré sans que soit nécessaire une signification, d'ailleurs impossible puisque, s'agissant d'un droit réel et non d'une créance, il n'y a pas de débiteur à qui elle puisse être faite (2). Il nous semble, cependant, qu'il en serait autrement si le gage avait pour objet l'usufruit d'une obligation, par exemple du droit au bail ; la signification au bailleur devrait alors être exigée tout comme lorsque le droit au bail lui-même, et non pas seulement l'usufruit dont il se trouve grevé, est l'objet du nantissement ; les mêmes motifs existent dans l'un et l'autre cas d'imposer cette formalité : avertir le débiteur et les tiers de la constitution du gage, régler l'ordre de préférence ; et, en définitive, c'est l'élément envisagé, dans l'espèce le droit au bail, qui forme la garantie du créancier gagiste, mais limité entre les mains de l'usufruitier par le droit du nu-propriétaire.

En pratique, l'usufruitier d'un fonds de commerce sera peu tenté de donner en gage son droit de jouissance sur un élément isolé ; il constitue une sûreté médiocre pour le créancier, car, si l'on vient à la réalisation, le nu-propriétaire ne manquera pas de se plaindre du dommage causé au fonds par le démembrement qui en résulte et de demander la déchéance. Il est vrai que le créancier nous paraîtrait alors avoir le droit d'exiger la vente globale de l'usu-

(1) Art. 2071 C. Civ. et 91 C. Com.

(2) Art. 2075 C. Civ. et 91 C. Com. ; en ce sens : Aubry et Rau, VI, n° 432, p. 261 et 262 ; Baudry-Lacantinerie et de Loynes, Du Nantissement, I, n° 66, p. 50 ; Laurent, XXVIII, n° 462, p. 455 et n° 465, p. 458 et 459 ; Lyon-Caen et Renault, III, n° 283, p. 250.

fruit (1) et que les juges saisis de l'action en déchéance pourraient l'ordonner à titre de mesure conservatoire.

Si l'on admet que le fonds de commerce est susceptible de comprendre dans sa composition des biens immobiliers, l'usufruitier peut valablement constituer une *hypothèque* sur son usufruit en tant qu'il porte sur ces biens (2).

L'hypothèque s'étendrait alors au matériel immobilisé par destination, accessoire de l'immeuble commercial, et le droit du créancier hypothécaire pourrait entrer en conflit sur l'usufruit du matériel immobilisé avec le privilège du créancier gagiste, ayant reçu en nantissement l'usufruit du fonds de commerce ; la préférence entre eux se réglerait par l'ordre des deux inscriptions de la même manière que si leurs droits avaient pour objet la pleine propriété de l'immeuble et du fonds de commerce ; les raisons d'en décider ainsi sont celles mêmes qui ont été développées en examinant cette dernière hypothèse, beaucoup plus pratique (3).

Comme au cas de nantissement et surtout de gage portant sur l'usufruit d'éléments isolés, la réalisation de la sûreté entraînerait le démembrement du fonds de commerce ; le non-propriétaire a le droit de s'y opposer en demandant la déchéance (4) et le tribunal civil peut user de son pouvoir discrétionnaire pour prescrire des mesures conservatoires (5) ; s'il prononce « l'extinction absolue de l'usufruit », l'hypothèque est éteinte faute d'objet ; s'il ordonne la vente de l'usufruit du fonds, le créancier exerce son droit de préférence sur le prix de l'usufruit des éléments immobiliers.

Le nantissement des marchandises constitue, enfin, la dernière garantie susceptible d'être offerte aux créanciers de l'usufruitier.

(1) Arg. anal. loi du 17 mars 1909, art. 15, al. 1^{er}.

(2) Art. 2118-2^o C. Civ.

(3) Cf. *supra* p. 64 sq.

(4) Art. 618 C. Civ.

(5) Cf. *supra* p. 274.

Il ne s'agit plus ici d'une sûreté réelle établie sur l'usufruit d'un élément du fonds de commerce, mais sur la pleine propriété d'objets envisagés isolément, qui entrent dans la composition de cet élément.

Au cours de l'usufruit, rien n'empêche le contrat de produire ses effets. Entre les parties, il est certainement valable même si le créancier a cru l'usufruitier propriétaire des marchandises ; il a seulement, en ce cas, le droit de lui demander, lorsqu'il apprend sa véritable qualité, le paiement immédiat de la dette ou la prestation d'une autre garantie (1) ; ce droit semble devoir être accordé au créancier gagiste, bien que l'alinéa 1^{er} de l'article 2279 du Code Civil le mette à l'abri de la revendication éventuelle du nu-propiétaire, parce que l'usufruitier ne peut l'obliger à se prévaloir de cette disposition et, s'il veut y renoncer, il est exposé à perdre son gage (2).

Le contrat est également opposable au nu-propiétaire. De quoi, d'ailleurs, se plaindrait-il ? L'usufruitier a le droit de vendre les marchandises ; si, au lieu de le faire, il les engage et ne s'acquitte pas à l'échéance, le nantissement aboutira également à leur aliénation au profit du créancier, cette fois, mais le résultat n'est pas pour cela plus fâcheux pour le nu-propiétaire : dans l'un et l'autre cas, les marchandises sont sorties du fonds de commerce. D'ailleurs, la mise en gage peut constituer un acte normal d'exploitation plus avantageux que la vente quand, dans un moment difficile, le commerçant a besoin de se procurer des capitaux ; il serait inadmissible de l'interdire à l'usufruitier qui a peut-être augmenté le stock depuis son entrée en jouissance dans des proportions assez considérables pour que même la réalisation du gage ne le rende pas inférieur à la restitution à opérer.

Seulement, nous croyons qu'avant de procéder à la réalisation, le créancier, s'il connaît la qualité de simple usu-

(1) Arg. art. 1188 C. Civ.

(2) Comp., pour le cas de mise en gage de la chose d'autrui, Baudry-Lacantinerie et de Loyne, du Nantissement, I, n° 32, p. 20 à 22.

fruitier du constituant, serait tenu d'avertir le nu-propriétaire ; bien qu'il ne soit point assimilable au tiers bailleur de gage, puisque la chose remise en garantie a été fournie par l'usufruitier qui possède sur elle un droit propre lui donnant le pouvoir de constituer le nantissement, le nu-propriétaire n'en a pas moins le même intérêt à être prévenu de la vente ; à l'un comme à l'autre, elle aura pour conséquence de faire perdre l'espoir de recouvrer l'objet du gage, l'un et l'autre doivent être mis en situation de faire valoir leurs droits ; aussi pensons-nous pouvoir invoquer par analogie, pour justifier notre solution, la disposition de l'article 93 du Code de Commerce, prescrivant au créancier gagiste de signifier au tiers bailleur de gage son intention de faire procéder à la vente (1). Ainsi averti, le nu-propriétaire pourra demander des mesures conservatoires ou même la déchéance de l'usufruitier si l'importance des marchandises données en nantissement est telle que la conservation du fonds et sa restitution se trouvent compromises. Il ne possède que ce moyen indirect de s'opposer au nantissement.

A la fin de l'usufruit, survenant soit par la déchéance de l'usufruitier, soit par toute autre cause, le nu-propriétaire a le droit de revendiquer les marchandises, dont il a conservé la propriété malgré les changements survenus dans l'identité matérielle de l'élément qu'elles composent. Mais si le créancier, ignorant la précarité du droit du constituant, a cru recevoir les marchandises des mains de leur propriétaire, il bénéficie de la disposition de l'article 2279, alinéa 1^{er}, du Code Civil ; et le nu-propriétaire ne peut les lui reprendre qu'en le désintéressant, à moins qu'il ne préfère le laisser réaliser le gage sauf à revendiquer ce qui pourra subsister des marchandises, une fois la dette payée sur le prix de vente d'une partie d'entre elles ; il a alors le droit de réclamer à l'usufruitier des dommages-intérêts égaux au préjudice qu'il a subi (2).

(1) Art. 93, al. 1^{er}, C. Com.

(2) Si l'on considère l'usufruitier comme propriétaire des mar-

APPENDICE

Effets, à l'égard du mari usufruitier du fonds de commerce, des engagements contractés par la femme nu-propriétaire qui en assure l'exploitation :

La question se pose sous les régimes de communauté, exclusif de communauté ou dotal, lorsque, parmi les biens propres de la femme, dans son patrimoine ou dans sa dot, se trouve compris un fonds de commerce dont le mari usufruitier lui laisse l'exploitation. C'est l'autre face du problème que nous avons étudié sous son premier aspect, celui de l'attribution des bénéfices (1), et la solution que nous avons déjà adoptée permet de prévoir celle que nous allons maintenant proposer, car elles se commandent mutuellement, se présentant même dans un rapport de corrélation si étroit que nous serons nécessairement amené à rappeler les systèmes relatifs à l'attribution des bénéfices.

Mais la situation est ici toute différente selon qu'il existe ou non un fonds commun, l'application des règles de la communauté entraînant l'obligation du mari aux engagements que la femme contracte avec son autorisation ; nous tiendrons compte de ce fait en examinant séparément les deux hypothèses.

Sous les régimes de communauté, dans les cas déjà signalés où, par suite de l'adoption de la communauté réduite aux acquêts ou d'une clause de réalisation, le fonds

chandises en vertu de l'article 587, leur mise en gage ne peut soulever aucune difficulté.

Cf. Crouzet, p. 137 et 138.

(1) Cf. supra p. 207 sq.

de commerce est demeuré propre à la femme qui en assure l'exploitation et, suivant le système auquel nous nous sommes arrêté, touche la part du bénéfice assimilable à un salaire, tandis que celle qui présente le caractère de fruit tombe dans le fonds commun (1), les effets des obligations commerciales se trouvent réglés par les articles 5 du Code de Commerce, 220 et 1419 du Code Civil : tant que dure la communauté, les créanciers ont le droit de poursuivre l'exécution pour le tout non seulement sur les biens personnels de la femme, mais sur les biens communs et sur ceux du mari (2). Cette solution ne pourrait être contestée que si l'on admettait que la loi du 13 juillet 1907 a fait échec au principe posé par ces textes, en restreignant leur champ d'application aux engagements contractés par la femme sur autorisation spéciale du mari (3) ; mais nous pensons, avec la majorité des auteurs, que l'article 3, alinéa 4, n'a pas opéré implicitement et à l'insu du législateur un tel bouleversement dans l'économie des régimes en communauté (4).

(1) Cf. supra p. 210.

(2) Douai, 1^{er} avril 1912, D. 13. 2. 17 (6^e espèce, p. 22) — S. 20. 2. 76.

La décision de la Cour de Douai est d'ailleurs basée, entre autres motifs, sur la considération tout à fait critiquable qu'aucun bénéfice n'avait été réalisé et que, par suite, les dettes « nées en dehors de « toute existence de biens réservés..... ont, selon le droit commun, le « caractère d'obligations commerciales régies par l'article 5 du Code « de Commerce, par l'article 220 du Code Civil ».

L'absence de bénéfices ne peut exercer aucune influence sur la solution qui nous paraît exacte quels qu'aient été les résultats de l'exploitation.

(3) Guyot, p. 243 et 244 ; Lalou, n° 72, p. 158 à 162 et Note sous Civ. Abbeville, 21 juin 1910..... Douai, 1^{er} avril 1912, D. 13. 2. 17. (p. 19, 1^{re} colonne) ; Valéry, A. D. C. 1907, p. 398.

(4) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, III, Supplément, n° 37, p. 28 et 29 ; Guibal, p. 245 à 248 ; Guyon, p. 188 ; Lacour, I, n° 120, p. 76 et 77 ; Lyon-Caen et Renault, Manuel, n° 71, p. 73 ; Margat, p. 216 à 218 ; Mesnard, L. N. 1911, n° 69, p. 349 ; Morin, p. 179 ; Pichon, R. C. 1908, p. 413, n. 1 ; Thaller, Traité Elém. n° 172 bis, p. 121 et 122.

Comp. Bernard et Bonnecase, R. T. 1910, p. 22 et 23 et p. 33 et 34.

Lorsque la communauté est dissoute, le droit de poursuite des créanciers commerciaux devient plus délicat à déterminer : ils peuvent certainement encore demander à la femme l'exécution pour le tout, qu'elle ait ou non renoncé à sa part du fonds commun (1) ; quant au mari, il semble qu'il reste tenu envers eux de la totalité des dettes au cas de renonciation de la femme, tandis qu'il ne l'est plus que pour moitié au cas d'acceptation (2) ; nous pensons, en effet, qu'il est obligé seulement comme commun en biens, le caractère général de l'autorisation donnée à la femme de faire le commerce permettant bien difficilement d'admettre que le mari se soit engagé personnellement (3), alors surtout que ce n'est pas lui, mais la femme seule qui exploite effectivement le fonds et est commerçante (4) ; il s'ensuit que les poursuites des créanciers contre le mari doivent être engagées devant la juridiction civile (5), qu'il

(1) Art. 1494 et 1486 C. Civ.

(2) Art. 1485 C. Civ.

(3) Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, *Contrat de Mariage*, I, n° 590 sq., p. 539 sq ; Gaudemet, *R. T.* 1910, p. 812 ; Lacour, I, n° 119, p. 76 ; Laurent, XXII, n° 70 et 71, p. 80 à 82 ; Lyon-Caen et Renault, I, n° 261, p. 302 à 304 ; Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 71, p. 74 ; Margat, p. 213 à 215 ; Thaller, *Traité Elém.*, n° 171, p. 118.

Pau, 24 octobre 1910, D. 12. 2. 5 et la Note — *R. G. T.* 10. 2^e sem. 2. 462

Contra : Aubry et Rau, VIII, n° 250, p. 276 et 277 et n. 2 ; Colin et Capitant, III, p. 109 ; Demolombe, IV, n° 307 et 308 et n° 310, p. 379 et 380 ; Guillouard, *Contrat de Mariage*, II, n° 845, p. 317 et 318.

Paris, 19 février 1845, D. 45. 4. 89 (2).

Cf. aussi : Cass. Civ. 16 juillet 1902, D. 03. 1. 401 et la Note de M. Capitant — ; Cass. Civ.; 23 avril 1888, D. 89. 1. 233, qui considèrent les époux comme obligés solidairement.

Comp. Meynial, Note sous Paris, 20 février 1891, S. 93. 2. 161 (p. 164) ; Planiol, III, n° 1092, p. 129 et 130, qui rapportent les deux opinions sans marquer leur préférence.

(4) Arg. art. 1^{er} et art 5, al. 2, C. Com.

(5) Guyon, p. 188 ; Lacour, I, n° 119 ; p. 76 ; Lyon-Caen et Renault, I, n° 262, p. 304 et 305 ; Lyon-Caen et Renault, *Manuel*, n° 71, p. 74 ; Margat, p. 215.

Cass. Civ., 1^{er} avril 1914, D. 19. 1. 110 — ; Paris, 25 janvier 1895, D.

n'encourt pas la faillite (1) et profite du concordat accordé à la femme (2).

Mais, dans les rapports des époux, toutes les dettes commerciales restent à la charge de la femme qui, le droit de jouissance de la communauté ayant pris fin, doit reprendre le fonds de commerce, fraction de patrimoine, avec le passif qui le grève ; l'ayant exploité elle-même, elle ne saurait se plaindre qu'il ait dé péri et, d'ailleurs, s'il avait augmenté de valeur, elle profiterait seule de la plus-value qui ne constitue pas un fruit pouvant tomber dans le fonds commun (3), mais, suivant son origine, un bien propre ou un bien réservé ; toutefois, au cas où l'accroissement de valeur proviendrait de l'incorporation par la femme au fonds de commerce de la partie du bénéfice qui revient à la communauté par l'exercice de son droit d'usufruit, celle-ci aurait droit à une récompense (4).

95. 2. 230 — ; Com. Saint-Etienne, 25 juillet 1905, D. 06. 5. 25 (2^e colonne).

Contra : Chéron, Note sous Cass. Civ., 1^{er} avril 1914, D. 19. 1. 110 (p. 111) ; Thaller, Traité Elém., n° 172, p. 119.

(1) Lacour, I, n° 119, p. 76 ; Lyon-Caen et Renault, I, n° 261 ; p. 303 ; Margat, p. 215 ; Thaller, Traité Elém., n° 172, p. 119.

(2) Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, I, n° 592, p. 542 ; Guibal, p. 399 et 400 ; Guyon, p. 188 ; Laurent, XXII, n° 71, p. 82 ; Margat, p. 214.

Pau, 24 octobre 1910, D. 12. 2. 5. — R. G. T. 10. 2^e sem. 2. 462.

Contra : Colin et Capitant, III, p. 109.

Paris, 19 février 1845, D. 45. 4. 89 (2).

(3) Bernard et Bonnecase, R. T. 1910, p. 25, n. 1 ; Guyon, p. 94.

Cass. Req., 14 mars 1877, D. 77. 1. 353 — S. 78. 1. 5 — ; Aix, 24 mai 1905, D. 06. 2. 388.

Comp. Margat, p. 207 — ; Comp. aussi Note sous Cass. Civ., 21 juin 1870, S. 71. 1. 49 (p. 50, 2^e et 3^e colonnes) et Labbé, Note sous Cass. Req., 14 mars 1877, S. 78. 1. 5.

(4) Cette solution évite le démembrement du fonds de commerce. Cf. infra p. 304 sq.

Conf. Naquet, Note sous Cass. Req., 25 octobre 1909, S. 11. 1. 361 (p. 362, 3^e colonne) et Gaudemet, R. T. 1910, p. 163 et 164.

Sur le principe du droit de la communauté à la plus-value, Cass. Req., 25 octobre 1909, D. 10. 1. 257 — S. 11. 1. 361.

Cependant, sous le régime de séparation de biens, alors qu'elle admettait l'existence d'une société de fait entre les époux pour l'ex-

Nous aboutissons donc, au point de vue de la contribution aux dettes, à la même solution que nous adopterons sous les régimes sans communauté et dotal (1).

Sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal, la question de l'obligation du mari aux dettes commerciales de la femme ne se pose pas quand on l'assimile à un prêteur ou à un locateur (2).

Lorsqu'on considère le mari comme ayant mis à la disposition de la femme à titre de prêt le capital affecté au commerce, il devient lui-même créancier et ne saurait être tenu sur son propre patrimoine ; il ne le serait même pas sur la jouissance du fonds de commerce si l'on n'admettait pas que l'autorisation donnée à la femme équivaut à l'abandon éventuel du droit d'usufruit. Mais, en décidant que, seuls, les produits du travail personnel de la femme sont biens réservés (3), la loi du 13 juillet 1907 condamne, sous toutes ses formes, ce système qui présente encore le grand inconvénient de permettre au mari, comme créancier, de faire déclarer la faillite de sa femme ; il n'y aura, il est vrai, jamais intérêt personnellement, car il puise dans son droit de puissance maritale des moyens moins infamants pour la famille d'interrompre une exploitation ruineuse ; mais ses créanciers personnels pourront être tentés d'exercer ce droit de son chef en vertu de l'article 1166 du Code Civil. Enfin, le même système a pour conséquence de faire

exploitation d'un fonds de commerce appartenant à la femme, ainsi que le partage des bénéfices réalisés par leur industrie commune, la cour de cassation a attribué récemment sans récompense à la femme seule, propriétaire du fonds, toute la plus-value qu'il avait acquise, bien que cette plus-value apparût, en fait, due pour la plus grande part à l'activité du mari et à des prélèvements opérés sur les bénéfices reconnus communs. Cass. Civ. 3 juillet 1917, S. 24. 1. 201, et la Note de M. Naquet critiquant l'arrêt.

(1) Comp. Bernard et Bonnetcase, R. T. 1910, p. 33, n. 1.

(2) Guyon, p. 218 ; Guyot, p. 245 ; Lacour, I, n° 122, p. 78 ; Margat, p. 277.

(3) Art. 1^{er}, al. 1^{er}.

Cf. supra p. 202.

venir le mari, pour les intérêts, en concours avec les créanciers de la femme (1) ; et, comme il a, de plus, le droit de réclamer son remboursement à toute époque (2), le crédit de cette dernière se trouve fâcheusement compromis, surtout si elle ne possède pas de biens réservés ou paraphernaux dont elle conserve la disposition.

Lorsqu'on voit dans le mari non plus un prêteur, mais un locateur, les mêmes objections peuvent être formulées ; elles sont même encore aggravées du fait qu'il ne vient plus seulement en concours avec les créanciers de la femme pour le loyer qui lui est dû, mais reprend le fonds de commerce quand bon lui semble pour continuer à exercer son usufruit, sans que les créanciers puissent lui opposer leurs droits.

Contre tous les systèmes qui admettent l'attribution au mari usufruitier d'une rémunération fixe, calculée une fois pour toutes à un tant pour cent du capital ou de l'estimation des biens mis par lui à la disposition de la femme, la principale critique à formuler est donc qu'ils ne respectent pas le principe posé par la loi du 13 juillet 1907, donnant nécessairement, dans presque tous les cas, à la femme une part du bénéfice plus ou moins large que celle qui lui revient. Leurs conséquences fâcheuses pour les créanciers viennent ensuite fournir contre eux de nouveaux arguments.

Antérieurement à la réforme de 1907, alors que les mêmes questions se posaient déjà sous les régimes sans communauté et dotal, un éminent auteur avait senti l'impossibilité d'allouer à l'usufruit un intérêt fixe ; il proposait, dans une théorie qu'il a depuis abandonnée (3), de partager entre les époux les bénéfices, en attribuant au mari une fraction variable suivant les résultats de l'exploitation, susceptible même de tomber « à zéro si l'affaire est

(1) Guyon, p. 90.

(2) Guyon, p. 91.

(3) Thaller, *Traité Elém.*, p. 123, n. 1 et 2.

« en perte » (1). L'observation qu'« il n'est intervenu ni « contrat de prêt, ni louage, ni autre convention », appuyait cette solution. Cependant, on ne peut s'empêcher de remarquer que le mari qui touche un intérêt variable suivant la prospérité de l'entreprise et peut même ne rien toucher, qui, par conséquent, vient après tous les créanciers, ressemble singulièrement à un associé.

L'idée reprise sous cette nouvelle forme depuis la promulgation de la loi du 13 juillet 1907 semble avoir d'abord été poussée un peu loin ; ou peut-être plutôt l'expression a-t-elle dépassé la pensée des auteurs qui l'ont mise en avant, lorsqu'ils ont considéré le mari et la femme comme ayant contracté « une société spéciale et de fait, tenant à « la fois de la société en nom collectif et de l'association en « participation » (2). Le mari contribue alors au paiement du passif dans la proportion même où il profite des bénéfices et il en est tenu sur tous ses biens (3). On devrait même décider qu'il devient commerçant, conséquence que repoussent, d'ailleurs, tous les auteurs.

Comme ces résultats nous paraissent l'un trop rigoureux à l'égard du mari, l'autre absolument contraire à l'intention des époux, nous nous trouvons porté à adopter la modification récemment proposée à ce système, d'après laquelle la situation du mari et de la femme est bien plutôt comparable, en fait, à celle d'associés en participation en commandite (4) : l'un a apporté les biens dont il avait l'administration et la jouissance, l'autre fournit son travail et accepte d'encourir personnellement les risques du commerce.

Ainsi formulée, l'idée continue de s'adapter au mode de répartition des bénéfices que le texte de l'article 1^{er} de la loi du 13 juillet 1907 semble imposer.

Elle permet en même temps, conformément à l'opinion générale, de ne point considérer le mari comme commer-

(1) Thaller, A. D. C. 1896, n° 46, p. 206.

(2) Bernard et Bonnecase, R. T. 1910, p. 30 et n. 3, et p. 31.

(3) Bernard et Bonnecase, R. T. 1910, p. 36.

(4) Guibal, p. 185.

gant et l'arrangement qu'elle lui prête l'intention d'adopter est celui-là même qu'un bon administrateur eût cherché à réaliser à sa place : tout en s'assurant le revenu élevé qu'il est en droit d'attendre d'un placement commercial, il évite de s'exposer à de plus grands risques qu'il ne serait obligé de le faire si, au lieu de laisser l'exploitation à la femme, il la confiait à un tiers, sans s'immiscer personnellement dans les opérations commerciales.

Les engagements contractés au cours du mariage dans l'exercice du commerce sont, en effet, exécutoires sur la pleine propriété du fonds (1), à l'exclusion, sous le régime dotal, des éléments immobiliers et, par conséquent, inaliénables qu'il peut contenir (2).

Le mari n'est pas obligé sur ses biens personnels, qu'il n'a point entendu exposer aux risques du commerce, limités pour lui à son apport ; cette solution est conforme aux dispositions des articles 220, alinéa 1^{er}, du Code Civil et 5, alinéa 1^{er}, du Code de Commerce, qui excluent implicitement l'obligation du mari aux dettes de la femme commerçante s'il n'y a entre eux communauté.

D'autre part, les créanciers n'ont pas à craindre le concours du mari ni, surtout, l'exercice d'un droit de priorité ; il ne peut leur disputer les biens qui constituent leur garantie ; par là, le crédit de la femme se trouve d'autant plus solidement assuré que le mari a perdu, avec les droits qui lui appartenaient comme prêteur et surtout comme locateur, l'intérêt qu'il aurait pu avoir à provoquer au détriment des créanciers un arrêt brusque de l'exploitation, en demandant son remboursement ou en reprenant le fonds de commerce.

Toutes les solutions que nous venons de proposer, lorsqu'elles ne se trouvaient pas imposées par la loi même,

(1) En ce sens, sous le régime sans communauté, Guibal, p. 256.

(2) Art. 7, al. 2, C. Com. Si l'on adoptait le système de la jurisprudence sur l'inaliénabilité de la dot mobilière, il faudrait décider que les éléments même mobiliers du fonds échappent aux créanciers. En ce sens, Guibal, p. 267.

sont, pour nous, fondées sur l'intention présumée des époux intervenant dans un domaine où ils seraient demeurés libres de l'exprimer ; l'idée d'association a plutôt pour but de coordonner que d'expliquer des résultats qui se produiraient sans elle et ne semble pas, dans ces conditions, susceptible d'être rejetée comme contraire au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1).

(1) Comp. Cass. Civ., 3 juillet 1917, S. 21. 1. 201 et la Note de M. Naquet. Cf. supra p. 282, n. 4.

La cour, tout en proclamant la nullité des sociétés entre époux, a décidé qu'une société de fait, formée pour l'exploitation du fonds de commerce appartenant à la femme entre des époux mariés sous le régime de la séparation de biens, produit des rapports de fait analogues aux rapports de droit auxquels eût donné naissance une société régulière et elle a admis le partage des bénéfices réalisés par l'exploitation commune des conjoints.

Mais l'arrêt est malheureusement intervenu sous un régime où il ne pouvait y avoir usufruit du fonds de commerce (aussi ne nous intéresse-t-il pas directement) et où l'intervention de l'idée de société paraissait particulièrement inadmissible ; néanmoins, M. Naquet estime que la cour aurait pu accepter le principe même de la validité de la société pour attribuer au mari une partie de la plus-value acquise par le fonds de commerce.

QUATRIÈME PARTIE

Fin de l'Usufruit

La nature particulière de l'objet soumis au droit de jouissance soulève, à côté des difficultés qui se présentent habituellement à la fin de l'usufruit quant au règlement des restitutions à opérer, une question délicate relative aux obligations, en particulier à celles qui ont été contractées par l'usufruitier. Après avoir présenté quelques observations sur les causes d'extinction de l'usufruit et donné les règles générales des comptes à établir entre l'usufruitier et le nu-propriétaire, nous l'exposerons en détail et chercherons si, dans l'état actuel de la législation, elle est susceptible de recevoir une solution satisfaisante.

CHAPITRE PREMIER

CAUSES D'EXTINCTION DE L'USUFRUIT

L'usufruit prend fin, suivant le droit commun, par les différents modes prévus aux articles 617 et suivants du Code Civil qui sont : la mort de l'usufruitier, l'expiration du temps pour lequel l'usufruit avait été accordé, la réunion sur la même tête des deux qualités d'usufruitier et de nu-propiétaire, le non-usage pendant trente ans, la perte totale (1), la déchéance pour abus de jouissance (2) et la renonciation (3), auxquels il faut ajouter la résolution du droit du constituant et la prescription acquisitive.

On remarquera que la faillite de l'usufruitier ne figure pas dans cette énumération ; elle ne met pas fin au droit de jouissance, qui subsiste, au contraire, et entre dans la masse des biens sur lesquels les créanciers de la faillite exercent leurs droits (4).

Le non-usage et la prescription acquisitive constituent des hypothèses absolument anormales et sans aucun intérêt.

Seules, la perte et la renonciation appellent quelques observations.

(1) Art. 617 C. Civ.

(2) Art. 618 C. Civ.

(3) Art. 621 et 622 C. Civ.

(4) Cf. supra p. 270 et 271.

Les faits de mauvaise gestion ayant entraîné la faillite de l'usufruitier pourraient seulement être susceptibles de donner ouverture, de la part du nu-propiétaire, à l'action en déchéance pour abus de jouissance.

Comp. Crouzet (p. 195 et 196), qui accorde au propriétaire, au cas de faillite du locataire du fonds de commerce, le droit de demander la résiliation du bail.

La *perte de la chose* peut être totale ou partielle ; elle produit dans chacun de ces deux cas des effets différents.

Le fonds de commerce constituant une universalité toujours envisagée dans son ensemble pour l'application des règles de l'usufruit, il n'y a perte totale entraînant l'extinction du droit que si les éléments essentiels, à déterminer dans chaque cas envisagé, ont disparu et s'il ne reste rien ou si les biens qui subsistent ne sont plus susceptibles de conserver leur affectation à l'exercice du commerce et de continuer à présenter entre eux les réactions de valeur caractéristiques, qui permettraient de les considérer encore comme un fonds de commerce.

Lorsque les conditions de la perte totale se trouvent réunies, l'usufruit est éteint. L'usufruitier doit alors au nu-propiétaire la réparation intégrale du préjudice que la perte lui cause, quand elle est survenue par sa faute ; dans le cas contraire, il se trouve entièrement libéré envers lui ; mais jamais il n'a le droit de conserver les éléments isolés qui peuvent exister encore, parce que le fonds de commerce seul, formait l'objet de sa jouissance et non pas les parties dont il se compose envisagées individuellement. Ces règles sont la simple application des principes de l'usufruit à un ensemble de biens formant par leur réunion un tout bien caractérisé. On en peut rapprocher les solutions données par le Code Civil dans l'hypothèse de l'usufruit d'un troupeau, qui s'éteint par la mort de tous les animaux, sans que l'usufruitier puisse prétendre aucun droit sur les cuirs (1), et dans le cas de l'usufruit d'un bâtiment, qui prend fin par la ruine ou l'incendie, sans que les matériaux demeurent soumis à la jouissance de l'usufruitier (2).

Au contraire, la perte partielle, qui consiste dans la disparition par accident de certains éléments, mais laisse subsister un ensemble de biens intimement groupés par leur commune affectation et ne cessant pas de gagner, les

(1) Art. 616, al. 1^{er}, C. Civ.

(2) Art. 624, al. 1^{er}, C. Civ.

uns au contact des autres, une plus-value, ne met pas fin à l'usufruit ; même si aucune faute n'est imputable à l'usufruitier, il demeure tenu de réparer la perte. Nous avons déjà examiné dans quelle mesure cette obligation lui est imposée, en étudiant son droit de jouissance sur le matériel (1), qui, avec les marchandises, semble, de tous les éléments du fonds de commerce, le plus susceptible de donner matière à application de cette règle ; elle est fondée sur la persistance des universalités, entraînant le maintien des droits et des obligations dont elles sont l'objet malgré la disparition des unités qui les composent. Ici encore, l'hypothèse de l'usufruit d'un troupeau, qui prend fin seulement lorsque les animaux ont péri jusqu'au dernier et, jusque-là, laisse subsister à la charge de l'usufruitier l'obligation d'entretien (2), fournit à notre solution un argument d'analogie que nous avons, d'ailleurs, déjà signalé (3).

La *renonciation de l'usufruitier* ne peut être que totale ; de la nature du fonds de commerce, considéré comme un tout homogène au point de vue de l'application des règles de l'usufruit, résulte l'impossibilité d'une renonciation partielle, qui permettrait à l'usufruitier de conserver les éléments les plus avantageux à exploiter et d'abandonner les autres, en démembrant le fonds de commerce. L'application de cette solution ne paraît pas susceptible de soulever de difficultés sérieuses (4).

On peut, au contraire, se demander si tous les créanciers de l'usufruitier d'un fonds de commerce ont le droit d'invoquer la disposition de l'article 622 du Code Civil, leur permettant de faire annuler la renonciation qu'il aurait faite à leur préjudice. A ce point de vue, semble-t-il, les créanciers doivent être classés en deux groupes : l'un se compose de ceux envers qui l'usufruitier a personnellement contracté des obligations civiles soit avant, soit après

(1) Cf. supra p. 223 à 225.

(2) Art. 616, al. 2 C. Civ.

(3) Cf. supra p. 225.

(4) Cf. supra p. 255.

l'ouverture de l'usufruit, ou des obligations commerciales au cours de la jouissance ; l'autre comprend les créanciers commerciaux de l'ancien propriétaire qui, par l'établissement de l'usufruit, peuvent être devenus, en nombre plus ou moins considérable selon que l'on rejette ou non l'opinion courante sur l'exclusion des créances et des dettes, ses créanciers personnels.

Aux premiers, il ne faut pas hésiter à accorder l'exercice de l'action paulienne dont les conditions se trouvent réunies pourvu que, par sa renonciation frauduleuse, l'usufruitier demeure appauvri et qu'ils en subissent une perte.

En ce qui concerne les créanciers commerciaux de l'ancien propriétaire, la question est plus embarrassante à résoudre ; elle ne semble pas, à première vue, offrir un grand intérêt parce que l'obligation de l'usufruitier se trouve limitée, à leur égard, aux dettes qui peuvent être considérées comme une contre-partie de la jouissance ; mais cette restriction laisse à sa charge certaines obligations de faire ou de livrer, dont l'exécution peut être fort lourde et présenter pour eux une réelle importance.

Si l'usufruitier préfère s'y soustraire en renonçant à son droit, il ne paraît pas possible de permettre à ces créanciers de faire annuler la renonciation. Ils étaient, en effet, à l'origine seulement créanciers de l'ancien propriétaire ; l'usufruitier n'est devenu leur débiteur, à côté de lui, que par une interprétation de leur volonté de se regarder plutôt comme créanciers du fonds de commerce que du commerçant. Leur gage, pour avoir suivi le droit de jouissance dans le patrimoine de l'usufruitier, s'est alors étendu à tous ses biens ; sa renonciation leur fait perdre cette garantie nouvelle ; mais ils conservent la principale, le fonds de commerce.

De plus, l'article 622 n'a pas été écrit pour empêcher un usufruitier dont la situation personnelle est bonne de se débarrasser d'un usufruit onéreux, au seul profit des créanciers du précédent propriétaire, mais bien pour sauvegarder les intérêts des créanciers personnels d'un insolvable, frauduleusement frustrés de l'espoir de voir leur

situation améliorée par les avantages d'un usufruit établi au profit de leur débiteur.

Enfin, surtout, cette disposition vise l'hypothèse classique donnant ouverture à l'action paulienne, celle où le débiteur s'est appauvri et où le créancier ne trouve plus, dans ce qui reste de son patrimoine, un actif suffisant pour être désintéressé ; ici le résultat de la renonciation est bien différent : elle ne laisse pas le créancier en présence d'un débiteur appauvri, mais, opérant un remembrement de la dette, elle substitue à deux débiteurs, obligés l'un comme usufruitier, l'autre comme nu-propriétaire, un débiteur unique, tenu pour le tout et réunissant dans ses mains la pleine propriété du gage, à l'occasion et en vue duquel la créance était née. L'usufruitier, en renonçant, ne s'appauvrit pas au préjudice du créancier ; il cesse d'être son débiteur et se décharge de la dette (1) ; et le créancier, qui n'a plus le droit de rien lui réclamer, ne peut pas, dans ses rapports avec lui ainsi interrompus, souffrir de son appauvrissement.

La solution contraire serait particulièrement rigoureuse si l'on interprétait, avec certains auteurs (2), l'article 622 du Code Civil comme donnant ouverture à l'action paulienne sur la simple preuve d'un préjudice, sans que la condition de fraude soit nécessaire. L'usufruitier ne pourrait alors jamais se dérober à l'usufruit ruineux d'un fonds de commerce, du moment que les créanciers, craignant l'insolvabilité et de l'ancien, et du nu-propriétaire, démontreraient que la renonciation leur cause un préjudice. D'ailleurs, l'article 622, simple application de l'article 1167 du Code Civil, ne doit pas être pris dans ce sens restrictif (3).

Pour terminer avec cette question, il nous faut renou-

(1) Cf. *infra* p. 319 sq.

(2) Aubry et Rau, II, n° 234, p. 731 et IV, n° 313, p. 224, n. 18 ; Demante, II, n° 471 *bis*-I, p. 554 et 555.

Comp. Rennes, 6 avril 1875, D. 77. 2. 137 — S. 77. 2. 289 et la Note.

(3) Baudry-Lacantinerie et Barde, des Obligations, n° 659, p. 668 à 670 — ; Colin et Capitant, II, p. 53 — ; Larombière, sous l'art. 1167,

veler une remarque que nous avons eu souvent l'occasion de présenter au cours de cette étude, savoir que toute difficulté disparaîtrait ici encore si l'on admettait l'assimilation du fonds de commerce à un patrimoine autonome : les créanciers commerciaux n'ayant pas à craindre le concours des créanciers civils du nu-propriétaire, ni à compter sur le patrimoine personnel de l'usufruitier, seraient sans intérêt à invoquer l'article 622 du Code Civil.

n° 14, p. 223 à 226 — ; Huc, Commentaire, VII, n° 221, p. 295 à 297 — ;
Laurent, XVI, n° 445, p. 512 à 515 — ; Planiol, II, n° 313, p. 111.
Cass. Req., 11 novembre 1878, D. 79. 1. 416 — S. 80. 1. 28.
Comp. Cass. Civ., 27 juin 1899, D. 02. 1. 225 — S. 99. 1. 345.

CHAPITRE DEUXIÈME

RESTITUTION DU FONDS DE COMMERCE

Trois hypothèses peuvent se présenter à la fin de l'usufruit, soit que l'usufruitier ait exactement accompli son obligation de conserver la chose et la présente telle que le nu-propriétaire peut exiger la recouvrer, soit que, commerçant inhabile, il l'ait laissée dépérir, soit au contraire, enfin, que sa bonne administration lui ait procuré une plus-value.

Nous suivrons dans notre exposé cet ordre logique puisque, pour apprécier s'il y a détérioration ou amélioration du fonds de commerce, il faut d'abord déterminer en quoi consiste l'obligation normale de l'usufruitier.

SECTION I

OBJET NORMAL DE LA RESTITUTION

Le fonds de commerce constituant un corps certain susceptible d'usufruit, la restitution doit en être faite en nature toutes les fois que le nu-propriétaire et l'usufruitier n'ont pas manifesté clairement une volonté contraire (1).

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 742 et n. 8 et 9 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381 ; Boutaud et Chabrol, n°s 421 à 423, p. 444 à 447 ; Colin et Capitant, I, p. 798 ; Demolombe, X, n°s 307 et 308, p. 256 à 260 ; Huc, Commentaire, IV, n° 183, p. 231 ; Laurent, VI, n° 423, p. 534 et 535 ; Lèbre, n° 13, p. 16 à 20.

Ce principe s'applique à l'ensemble des biens affectés au commerce, dont la réunion forme, seule, l'objet du droit de jouissance, sans que les éléments qui le composent soient jamais considérés dans leur individualité pour appliquer à certains d'entre eux les règles particulières, simplement interprétatives, qui pourraient paraître convenir à leur nature propre.

Le matériel, par exemple, ne doit pas être restitué comme les meubles qui peu à peu se détériorent par l'usage (1), en lui appliquant purement et simplement la règle de l'article 589 du Code Civil ; et si un fonds d'amortissement a été constitué, dont l'importance est réglée sur l'état du mobilier commercial et de l'outillage, de manière à en former en quelque sorte la valeur complémentaire, la remise au nu-propriétaire des objets qui subsistent, même en y joignant les réserves accumulées qui, par hypothèse, représentent exactement la dépréciation subie, peut ne point libérer l'usufruitier envers lui : il en sera ainsi toutes les fois qu'en négligeant d'employer en temps opportun les fonds réservés aux réparations, au renouvellement et au perfectionnement du matériel, l'usufruitier n'a pas maintenu le fonds en bon état d'exploitation ; à ce point de vue, la prestation d'une somme d'argent ne peut tenir lieu de la remise du matériel en nature.

Cependant, certains auteurs ont tendance à repousser cette solution en ce qui concerne les marchandises ; ils se laissent influencer par le caractère fongible que leur con-

Cass. Civ., 26 février 1894, S. 95. 1. 102 — ; Aix, 12 mars 1878, D. S., v° Usufruit, n° 87, n. 1 — S. 78. 2. 265.

Contra : Proudhon, II, n°s 1010 à 1015, p. 469 à 475 ; Zachariæ (trad. par Massé et Vergé), II, n° 306, n. 8, p. 127, 2^e colonne.

Toulouse, 18 décembre 1832, D. R., v° Usufruit, n° 206, p. 1664, n. 1, 2^e espèce — D. 33. 2. 84 — S. 33. 2. 209 — ; Rouen, 5 juillet, 1824, D. R., v° Usufruit, n° 206, p. 1665, n. 1 — S. 25. 2. 132.

(1) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 743, n. 11 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *des Biens*, n° 583, p. 381 et 382 ; Demolombe, X, n° 308, p. 258 ; Laurent, VI, n° 448, p. 528 et 529 ; Lèbre, n° 13, p. 17 ; Ruben de Couder, v° Fonds de Commerce, n° 21, p. 358.

Cf. supra p. 222.

fère la destination particulière qu'elles ont reçue, pour leur appliquer la règle posée par l'article 587 du Code Civil (1).

Envisageant les marchandises non dans leur individualité, mais comme formant un stock, corps certain, qui n'est lui-même qu'une simple partie du fonds de commerce, nous ne saurions nous ranger à cette opinion. Elle aurait pour conséquence, quand il y a eu estimation, de priver le nu-propriétaire d'un élément indispensable à la conservation de la chose, car il paraît impossible d'invoquer les principes du quasi-usufruit pour reconnaître à l'usufruitier la propriété des marchandises et de les répudier ensuite pour permettre au nu-propriétaire la reprise en nature (2). Simple créancier du prix, il ne devrait pas avoir alors le droit d'exiger que les marchandises existantes lui soient restituées, pas plus que l'usufruitier, tenu seulement du même paiement en espèces, ne pourrait l'obliger à les reprendre (3), bien qu'il s'en trouve lui-même fort embarrassé maintenant qu'il a dû renoncer à l'exercice du commerce.

En réalité, les marchandises ne cessent jamais, au cours de l'usufruit, d'appartenir au nu-propriétaire, dont le droit est seulement limité par la jouissance de l'usufruitier, et il les reprend à la fin pour exercer sur elles la plénitude de son droit de propriété, reconstitué par la disparition de la servitude qui le grevait (4).

(1) Crouzet, p. 106 et p. 143 et 144 ; Ruben de Couder, v° Fonds de Commerce, n° 22, p. 358 ; Thaller, A. D. C. 1896, n° 14, p. 203 ; Wahl, Note sous Cass. Civ., 26 février 1894, S. 95. 4. 102 (2° et 3° colonnes).

Saint-Quentin, 6 décembre 1899, R. A. v° Usufruit, n° 1121.

(2) Cf. supra p. 217.

(3) Arg. art. 587 C. Civ.

Interprètent dans ce sens cette disposition : Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 577, p. 376 ; Hue, Commentaire, IV, n° 182, p. 230 et 231 ; Laurent, VI, n° 408, p. 514 à 516 ; Planiol, I, n° 2864, p. 892.

Contra : Aubry et Rau, II, n° 236, p. 739 et n. 3 ; Gombeaux, p. 259 ; Proudhon, V, n° 2634, p. 87 à 89 ; Zachariæ (traduit par Massé et Vergé), II, n° 306, p. 126 et n. 8.

(4) Laurent, VI, n° 422, p. 533 et 534.

Le stock normal à cette époque pourra, d'ailleurs, présenter une composition et une valeur très différentes de celles qui auront été consignées dans l'inventaire (1).

Cette dernière remarque s'applique également à tous les autres éléments, si bien qu'une restitution inférieure ou supérieure dans son ensemble à la délivrance peut, suivant les circonstances, être considérée comme suffisante.

En résumé, l'usufruitier, obligé de toujours conserver le fonds de commerce en bon état d'entretien, doit le représenter avec la composition et la valeur qui conviendraient à un fonds de même nature et de même importance exploité par un bon père de famille dans des conditions analogues (2).

Pour déterminer en pratique l'étendue de cette obligation, il y a lieu de tenir compte de la durée de l'usufruit, de la prospérité pendant la période de jouissance du commerce envisagé, des bénéfices que l'usufruitier a recueillis, des progrès réalisés par les concurrents, des habitudes du précédent propriétaire, enfin, de la composition et de la valeur du fonds de commerce à l'entrée en jouissance. L'inventaire dressé à ce moment et l'estimation qui l'accompagne n'ont même d'autre utilité que de fixer le point de départ indispensable pour apprécier, par la combinaison de ces divers facteurs, l'état dans lequel doit se trouver le fonds de commerce à la fin de l'usufruit, puisqu'aussi bien ils ne doivent pas servir à identifier les éléments qui le composaient, ni à fixer d'une manière rigide le montant de l'obligation de restituer (3).

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 381.
Cf. supra p. 220 et 221.

(2) Baudry-Lacantinerie et Chauveau (des Biens, n° 583, p. 381 et 382) et Crouzet (p. 441 et 443) semblent fixer ainsi l'obligation de l'usufruitier.

(3) Cf. supra p. 163 et 164.

Comp. Crouzet, p. 405 et 406.

Contra : Aubry et Rau, II, n° 236, p. 742 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 584, p. 382 et 383 ; Huc, Commentaire, IV, n° 183, p. 232 ; Laurent, VI, n° 423, p. 535 ; Simon, p. 175.

On doit tenir largement compte, dans les évaluations faites au début et à la fin de l'usufruit, de l'activité des rapports commerciaux, d'où dépend en grande partie la valeur du fonds de commerce. L'appréciation en est délicate ; cependant, comme ils se manifestent par le chiffre d'affaires et le montant des bénéfices, il est possible de recueillir dans la comptabilité un indice certain de leur importance (1), à condition toutefois de faire porter l'examen sur la moyenne de plusieurs exercices.

Il convient de bien noter, d'ailleurs, que si l'examen des livres permet de constater que l'usufruitier entretenait avec les clients les rapports dont il était tenu pour satisfaire à son obligation de conserver et de restituer le fonds, il ne peut être considéré comme responsable de la dispersion de l'achalandage et de la clientèle survenue quand le nu-propriétaire reprend la direction de l'exploitation, à la seule condition que, s'abstenant de tout acte de commerce, il lui ait remis tout les éléments auxquels se trouvait fixé l'achalandage et qu'il ait engagé les clients, attirés vers lui par une confiance toute personnelle, à s'adresser à son successeur, en mettant ce dernier au courant des procédés commerciaux qui lui avaient valu son succès (2). Il n'existe pas d'autre moyen pour lui de faire bénéficier le nu-propriétaire de ces relations, qui échappent totalement à son action directe, parce qu'elles sont essentiellement volontaires de la part des clients, si bien que l'on a pu comparer, en ce sens, la vente d'un fonds de commerce à un contrat aléatoire (3).

Observons enfin que, pour se conformer aux habitudes du précédent propriétaire, l'usufruitier est obligé de ne pas modifier la nature des relations commerciales entrete-

(1) Ce procédé d'évaluation de la valeur d'un fonds de commerce a été proposé par M. Charpentier pour fixer le montant de l'indemnité qui, dans le projet de loi sur la propriété commerciale, serait due au commerçant locataire, dont le bail n'est pas renouvelé. J. O. 1920, Déb. Parl., Sénat, p. 1776, 1^{re} et 2^e colonnes.

(2) Cf. supra p. 31.

(3) Pélissier, n° 36, p. 29.

nues avant son entrée en jouissance : il ne pourrait donc substituer, par exemple, un commerce de gros à un commerce de détail.

Mais rarement le fonds de commerce présentera exactement à la fin de l'usufruit sa composition et sa valeur normales ; tantôt la mauvaise administration de l'usufruitier l'aura fait périliter, tantôt, au contraire, sa bonne gestion l'aura amélioré.

SECTION II

DÉTÉRIORATION DU FONDS DE COMMERCE

Cette hypothèse ne présente pas de difficulté.

Le nu-propriétaire n'est fondé à réclamer une indemnité que si la restitution est reconnue insuffisante eu égard à l'ensemble des éléments dont le fonds de commerce se compose, et les dommages-intérêts doivent être calculés sur la dépréciation qu'il a subie par rapport à la valeur qu'il aurait dû présenter à la fin de l'usufruit entre les mains d'un commerçant avisé.

Il s'ensuit que les détériorations causées à chacun des objets formant par leur réunion un élément déterminé, par exemple le matériel, doivent entrer en compensation avec les améliorations apportées non seulement aux autres objets compris dans le même élément (1), mais à l'un quelconque des divers biens affectés à l'exercice du commerce, suivant le principe que les améliorations réalisées et les dégradations commises par l'usufruitier doivent être équitablement mises en balance (2). Cette solution, en har-

(1) Boutaud et Chabrol, n° 423, p. 446.

(2) Sur ce principe et en ce sens : Aubry et Rau, II, n° 235, p. 737 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 566, p. 369 et 370 ; Colin et Capitant, I, p. 829 ; Demolombe, X, n° 647, p. 562 et 563 ; Laurent, VI, n° 534, p. 667 ; Planiol, I, n° 2868, p. 894.

Contra : Zachariæ (traduit par Massé et Vergé), II, n° 312, p. 150, n. 3.

monie avec l'idée que l'usufruit porte sur un objet unique, est conforme aux intérêts du nu-propriétaire et de l'usufruitier : pour satisfaire aux goûts du public, celui-ci a souvent dû modifier la composition du fonds de commerce ; ce serait lui rendre l'exploitation impossible, ou tout au moins l'obliger à administrer en mauvais commerçant, que d'exiger de lui qu'il conserve et restitue tous les mêmes éléments qu'il a reçus et que leur importance respective soit maintenue dans le même rapport pendant tout le cours de l'usufruit.

SECTION III

RÉPARATIONS ET AMÉLIORATIONS

Lorsque l'usufruitier, toutes compensations opérées entre les améliorations et les détériorations, restitue le fonds de commerce en meilleur état qu'il n'y était tenu, la plupart des auteurs lui refusent toute indemnité (1) ; certains, toutefois, lui permettent d'enlever les objets et de conserver les droits qu'il a pu ajouter au fonds ; c'est l'application de l'article 599, 2° et 3° alinéas, du Code Civil (2).

Ce système ne nous semble pas admissible, surtout si l'on ne distingue pas selon que la plus-value constatée provient d'améliorations proprement dites ou de grosses réparations, et peut-être aussi suivant qu'elle porte sur les éléments corporels ou incorporels du fonds de commerce.

Mais, avant de proposer une solution pour chacun de ces cas, il convient d'en délimiter le domaine, en rappelant encore que la nature des actes accomplis par l'usufruitier doit être appréciée par rapport à l'ensemble des biens affectés à l'exercice du commerce et que ces biens sont

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 583, p. 382 ; Crouzet, p. 142 et n. 1 ; Hue, Commentaire, IV, n° 183, p. 232 ; Thaller, A. D. C. 1896, p. 203, n° 14 et n. 1.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 423, p. 445 à 447.

solidaires : il en résulte, en particulier, que certains actes qui, considérés isolément, seraient regardés comme de grosses réparations, peuvent, ainsi envisagés, apparaître comme de simples réparations d'entretien ; nous l'avons déjà signalé (1) ; de même, les constructions nouvelles, auxquelles, de ce point de vue, on ne peut être tenté d'assimiler, ainsi qu'on a proposé de le faire (2), l'introduction de matériel nouveau opérée indépendamment de toute idée de remplacement, peuvent constituer de simples améliorations du fonds de commerce.

§ I : *Grosses réparations*

L'usufruitier peut aller au delà de l'obligation dont il est tenu de conserver et de restituer la chose, en exécutant de grosses réparations nécessaires à la conservation du fonds de commerce (3).

Si le nu-propriétaire y avait procédé, elles seraient restées à sa charge ; mais, s'il s'y est refusé, l'usufruitier n'a aucun moyen de contrainte : son droit réel lui permet seulement de demander qu'on le laisse jouir, sans l'autoriser à exiger l'accomplissement d'un acte positif (4) ; il ne peut altérer la liberté absolue du nu-propriétaire de laisser périr sa chose faute d'entretien. Aussi, paraît-il impossible de donner à l'usufruitier le droit de réclamer au nu-propriétaire le montant intégral de ses débours : ce serait l'obliger indirectement à exécuter les grosses réparations. Strictement même, toute action devrait lui être refusée pour poursuivre son remboursement puisqu'il savait, en engageant les dépenses, et qu'elles ne lui incombaient pas personnellement, et qu'elles étaient purement volontaires pour le nu-propriétaire qui, par son refus, manifestait même l'intention de n'en pas assumer la charge.

(1) Cf. *supra* p. 223 et p. 240 et 241.

(2) Thaller, A. D. C. 1896, n° 14, p. 203.

(3) Art. 605, al. 1^{er}, C. Civ.

(4) Art. 599, al. 1^{er}, C. Civ.

Cependant, nous pensons que l'usufruitier, qui a fait exécuter à ses frais les grosses réparations, peut réclamer, à la fin de sa jouissance, la plus-value qu'elles ont procurée au fonds de commerce, telle qu'elle existe au moment où le nu-propiétaire en reprend possession ; mais le montant doit en être diminué, s'il y a lieu, dans la proportion où l'usufruitier était tenu de les amortir suivant l'usage d'un bon commerçant.

Cette solution répond à la théorie généralement adoptée au cas d'usufruit d'un immeuble (1) et nous semble trouver une justification suffisante dans le principe que nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, qu'elle applique très exactement puisque l'indemnité due par le nu-propiétaire se trouve mesurée au bénéfice réel qu'il retire des réparations. Ce principe, il est vrai, a été écarté par l'article 599, alinéa 2, du Code Civil ; mais nous espérons montrer bientôt que ce texte exceptionnel, d'une portée limitée, ne doit pas être appliqué à l'usufruit d'un fonds de commerce ; en tout cas, notre hypothèse n'est pas visée par lui : il n'exclut pas l'indemnité au profit de l'usufruitier dans tous les cas de plus-value, mais seulement lorsqu'elle résulte d'une amélioration, à laquelle la grosse réparation n'est aucunement assimilable.

Ces questions se poseront généralement lorsque l'usufruitier aura exécuté de grosses réparations sur le matériel ou l'immeuble commercial ; mais on peut concevoir que les éléments incorporels eux-mêmes soient pour lui l'occasion de dépenses présentant le même caractère par rapport à l'ensemble du fonds ; alors les règles que nous avons définies devraient également s'appliquer.

(1) Aubry et Rau, II, n° 235, p. 736, n. 8 et 9 ; Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 685, p. 446 ; Colin et Capitant, I, p. 824 ; Huc, Commentaire, IV, n° 226, p. 285 ; Laurent, VI, n° 550, p. 691.

Cass. Civ., 17 juillet 1911, D. 41. 1. 457 — S. 13. 1. 92 — ; Alger, 29 mai 1886, sous Cass. Requ., 1^{er} avril 1889, D. 91. 1. 413 — S. 89. 1. 217. — ; Toulouse, 23 mai 1881, D. 82. 2. 178 — S. 81. 2. 141.

§ II : Améliorations

Nous établirons ici une distinction suivant que l'amélioration s'est produite dans les éléments incorporels ou dans les éléments corporels. Au premier cas, il est possible d'écarter sans hésitation l'application de l'article 599 du Code Civil ; au second, nous proposons la même solution, quoique avec moins de certitude.

Lorsqu'au cours de la jouissance, l'usufruitier a accru la prospérité de l'entreprise, soit en améliorant un de ses *éléments incorporels*, soit en en ajoutant de nouveaux dans des conditions telles que cette addition puisse être considérée comme une amélioration du fonds de commerce, nous pensons que le nu-propriétaire est tenu de l'obligation de reprendre le fonds tel qu'il se trouve composé et doit compte à l'usufruitier de la plus-value ainsi procurée. Le cas peut se présenter, par exemple, quand l'usufruitier a ajouté aux brevets existants des certificats d'addition ou a acquis des licences et des brevets nouveaux (1).

On permet, toutefois, généralement alors à l'usufruitier de reprendre les éléments incorporels qu'il a apportés, lorsqu'ils sont susceptibles d'être enlevés, comme les brevets et licences (2), et sans doute aussi au nu-propriétaire de conserver sans indemnité ceux qui, tels les certificats d'addition (3), ne peuvent être ni enlevés, ni utilisés indépendamment des éléments dont ils ne sont que l'accessoire.

Mais l'assimilation ainsi réalisée paraît absolument inadmissible : en donnant à l'usufruitier le droit d'enlèvement, le législateur n'a eu en vue que l'introduction dans un immeuble par nature de choses corporelles, susceptibles de devenir immeubles par destination entre les mains du pro-

(1) Une amélioration du fonds pourrait résulter aussi de la prorogation du bail obtenue par l'usufruitier.

Comp. Seine, 26 avril 1897, R. G. P. 97. 2 .208.

(2) Boutaud et Chabrol, n° 423, p. 447.

(3) Arg. loi du 5 juillet 1844, art. 22 et loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 2.

priétaire ; l'identité des termes employés dans les articles 525, alinéas 2 et 3, et 599, alinéa 3, ne laisse aucun doute à cet égard (1) ; d'autre part, l'opposition établie entre les deux derniers alinéas de l'article 599 (2) permet d'admettre que le refus de toute indemnité s'applique seulement, dans l'esprit des rédacteurs du Code, aux améliorations matérielles.

La loi n'a donc pas envisagé l'hypothèse d'une amélioration apportée par l'usufruitier à un bien incorporel soumis à sa jouissance, non plus que l'enlèvement de droits nouveaux introduits par lui dans un ensemble de biens unifiés par la communauté de leur destination, alors que cet ensemble, et non les objets qui s'y trouvaient compris à l'entrée en jouissance, individuellement déterminés, constitue le véritable objet de l'usufruit (3), et le caractère exceptionnel de ces dispositions suffirait à faire écarter leur extension par analogie, même si d'autres arguments tirés soit du texte voté en 1909, soit des inconvénients pratiques et des difficultés d'application de la théorie que nous combattons, ne venaient fournir de nouveaux motifs de la condamner.

La loi sur la vente et le nantissement marque la volonté très nette d'éviter le démembrement du fonds de commerce, en autorisant, en particulier, le commerçant débiteur et les créanciers à exiger, au cas de vente forcée, la réalisation globale (4) : le droit d'enlèvement de l'usufruitier serait en contradiction directe avec ces tendances, fondées sur l'observation de la réaction de valeur qui s'exerce entre les éléments du fonds et qui va devenir, dans le cas que nous examinons, une source de difficultés.

Aux biens incorporels apportés par l'usufruitier, se sont fixés des rapports commerciaux fructueux constituant leur

(1) Comp. Baudry-Lacantinerie, Précis, I, n° 1576, p. 787.

(2) Arg. de l'adverbe « cependant », qui oppose l'alinéa 3 à celui qui le précède.

(3) Comp. Hanus, n°s 74 à 78, p. 89 à 93.

(4) Loi du 17 mars 1909, art. 15, al. 1^{er} et art. 20, al. 1^{er}.

achalandage ; il est, dès lors, impossible de calculer la répercussion qu'aura sur le fonds le démembrement une fois opéré, qui peut même être désastreux pour le nu-propriétaire. Si, pour reprendre l'exemple précédemment proposé, les conditions économiques ont rendu nécessaire à la prospérité de l'entreprise la possession du brevet apporté par l'usufruitier, l'interruption brusque de son exploitation fera perdre au nu-propriétaire tous les clients, qui s'adresseront à des industriels travaillant au moyen de procédés plus perfectionnés que ceux auxquels il se trouve réduit. Aussi sera-t-on toujours amené, en pratique, à refuser à l'usufruitier l'exercice d'un droit dont on ne peut mesurer les conséquences.

D'ailleurs, si l'on venait à le lui accorder, les fâcheux effets de la réaction de valeur ne se feraient pas sentir seulement sur le fonds de commerce amputé d'un de ses éléments incorporels ; la dépréciation atteindrait simultanément la partie détachée de l'ensemble et l'usufruitier ne pourrait, le plus souvent, retirer presque aucun avantage du retrait une fois opéré.

Il existe, en effet, une grande différence entre la situation de l'usufruitier d'un immeuble, qui enlève les objets corporels qu'il y a placés, et celle de l'usufruitier d'un fonds de commerce, à qui l'on permet de reprendre un bien incorporel qu'il y a introduit : le premier est libre de donner aux objets qu'il conserve la destination que bon lui semble et d'en tirer, par conséquent, toute la valeur et toute l'utilité ; et le nu-propriétaire, à qui l'immeuble est remis dans l'état où il se trouvait à l'entrée en jouissance, peut toujours, s'il juge indispensables les améliorations apportées par l'usufruitier, remplacer les objets enlevés par d'autres identiques ou, du moins, analogues ; le second, au contraire, ne peut ni exploiter lui-même, ni céder le droit, qui, le plus souvent, n'est point susceptible de recevoir une destination autre que commerciale, sans prendre toutes les précautions indispensables pour que l'achalandage ne déserte pas le fonds pour le suivre. Il lui est ainsi interdit de le mettre en œuvre dans tout le rayon d'affaires ; le pouvoir qu'on lui

accorde devient illusoire et le démembrement du fonds profite presque exclusivement aux concurrents.

En présence de ces inconvénients, nous n'hésitons pas à penser qu'il faut revenir aux principes généraux sur l'enrichissement sans cause toutes les fois que l'introduction d'éléments incorporels nouveaux, considérée par rapport à l'ensemble des biens affectés au commerce, peut passer pour constituer une amélioration ayant causé une plus-value.

Le système que nous défendons, simple application de la théorie des impenses utiles, permet à l'usufruitier de tirer de l'élément qu'il a apporté le maximum de ce qu'il en peut légitimement attendre, puisque la valeur en est estimée dans les conditions le plus favorables à ses intérêts. Le nu-propriétaire, de son côté, ne paie que ce dont il s'enrichit et garde le moyen de poursuivre normalement l'exploitation. Les créanciers, enfin, voient leur gage conservé.

Par là, ce système ménage tous les intérêts en cause et réalise la conservation du fonds de commerce conformément aux principes de l'usufruit ; il entre dans l'esprit de la loi du 17 mars 1909 et, quand l'amélioration a consisté à prendre un certificat d'addition à un brevet, répond à la volonté du législateur de 1844 de ne pas voir séparer l'un de l'autre (1).

En ce qui concerne les *éléments corporels*, le règlement des restitutions suivant les dispositions de l'article 599 présente les mêmes inconvénients pratiques ; l'enlèvement d'objets auxquels l'achalandage est également susceptible de se fixer, peut provoquer une dépréciation du fonds de commerce, impossible à évaluer à l'avance, et l'utilisation de ces objets est aussi difficile en pratique et aussi peu avantageuse pour l'usufruitier.

D'autre part, la loi du 17 mars 1909 ne fait aucune distinction suivant la nature corporelle ou incorporelle des éléments détachés du fonds, quand elle permet au commerçant et à ses créanciers de s'opposer au démembrement.

(1) Loi du 5 juillet 1844, art. 22.

Adde loi du 17 mars 1909, art. 9, al. 2.

Enfin, le matériel, auquel seul s'appliqueraient exactement les deux derniers alinéas de l'article 599, est généralement celui des éléments corporels dont l'enlèvement par l'usufruitier soulève les difficultés les plus graves. S'il s'agit, par exemple, d'une usine, dans laquelle il a introduit un outillage perfectionné qu'on lui permet de reprendre, à charge de replacer les machines anciennes, mais suffisantes, qui étaient auparavant employées, il y a toutes chances pour que les clients, ne trouvant plus la fabrication à laquelle ils étaient habitués, désertent le fonds. La dépréciation subie et par l'ensemble des biens affectés au commerce, et par les objets enlevés, se trouve ainsi hors de proportion avec la valeur de ces derniers pris isolément et l'on est encore amené à refuser pratiquement à l'usufruitier l'exercice du droit de reprise et à l'obliger à tout abandonner au nu-propiétaire sans indemnité.

Aussi pensons-nous qu'il est préférable d'écarter également l'application de l'article 599 du Code Civil, lorsque l'amélioration a porté sur les éléments matériels, puisque d'ailleurs, dans ce cas comme dans l'autre, le véritable objet de la jouissance est le fonds de commerce considéré dans son ensemble.

Il reste à examiner une dernière hypothèse, qui peut se présenter surtout si l'on admet que le fonds de commerce comprend de plein droit les éléments immobiliers, frappés de l'affectation commerciale, mais est susceptible de se rencontrer aussi, dans l'opinion contraire, au cas d'usufruit conventionnel établi à la fois sur les éléments mobiliers du fonds de commerce et sur l'immeuble appartenant au même propriétaire.

Lorsque l'usufruitier a fait élever sur un terrain dont la propriété constitue un élément du fonds des constructions nouvelles, il semble qu'il y a lieu de les considérer comme de simples améliorations et de décider encore que le nu-propiétaire les conserve, en payant la plus-value qu'elles procurent.

Sans doute, l'article 555 du Code Civil a réglé d'une

façon générale⁽¹⁾ le sort des constructions nouvelles élevées sur un sol dont le constructeur n'était pas propriétaire ; mais, dans cette disposition purement interprétative, le législateur n'a pas envisagé leur incorporation à un ensemble de biens possédant une individualité juridique particulière et absorbant l'attention des intéressés, qui le considèrent comme le seul objet du droit de jouissance. Ce serait trahir leur intention que d'appliquer à l'un des éléments du fonds de commerce un texte qui peut le régir lorsqu'il est isolément grevé d'usufruit ⁽²⁾, mais ne s'adapte pas du tout aux besoins pratiques quand il se trouve englobé dans la masse des biens frappés de l'affectation commerciale.

L'article 555 donnerait au nu-propriétaire le choix soit de conserver les constructions en remboursant le prix qu'elles ont coûté, soit d'obliger l'usufruitier, qui, connaissant la précarité de son droit, ne peut être assimilé à un tiers de bonne foi, à les enlever et à remettre les lieux dans leur état primitif ; il ne pourrait éviter un démembrement du fonds de commerce, particulièrement dangereux puisqu'il aboutit à en détacher un élément autour duquel se groupent très habituellement les relations commerciales, sans verser à l'usufruitier une indemnité souvent hors de proportion avec la valeur représentée par les constructions à la fin de l'usufruit, en raison surtout de l'amortissement rapide qui s'impose pour les immeubles commerciaux et industriels : l'on donnerait ainsi à l'usufruitier le moyen de faire supporter presque nécessairement au nu-propriétaire une dépense qu'il n'a aucun droit de lui imposer. Il pourrait arriver, en revanche, que les constructions aient développé les rapports d'affaires et procuré au fonds une plus-value importante : alors le nu-propriétaire trouverait dans ce mode de règlement un avantage absolument gratuit et parfois considérable, sur-

(1) Planiol, I, n° 2732, p. 852, n° 2736, p. 853 et n° 2870, p. 895.

(2) Aubry et Rau, II, n° 204 et n. 23, p. 399 à 402 ; Colin et Capitant, I, p. 865 et 866 ; Planiol, I, n° 2870, p. 895.

tout si l'usufruitier, menacé d'être forcé de démolir, se contentait d'une indemnité inférieure à ses débours.

La solution qui nous semble la plus exacte ne procède pas du tout, bien qu'elle contienne une assimilation des constructions nouvelles à des améliorations, de l'idée qui a amené la jurisprudence et une faible minorité de la doctrine à accorder au nu-propiétaire le droit de conserver gratuitement toutes les constructions (1) : partisan d'une interprétation restrictive de l'article 599 du Code Civil (2), nous ne pourrions accepter cette extension du deuxième alinéa de cet article.

Nous proposons donc de décider que le nu-propiétaire reprend le fonds de commerce tel qu'il se trouve composé au moment où l'usufruit vient à expiration, mais qu'il doit payer à l'usufruitier la plus-value, et cela sans distinction suivant la nature des éléments qui ont été améliorés ou ajoutés.

La jurisprudence semble, à première vue, généralement défavorable à cette solution, du moins lorsque l'accroissement de valeur a pour objet un fonds de commerce soumis par le jeu des conventions matrimoniales à l'usufruit du mari ou de la communauté.

Mais, si l'on met à part un arrêt de la cour d'Aix (3) qui a refusé à la communauté tout droit à la plus-value acquise au cours du mariage par le fonds de commerce appartenant à une femme mariée sous le régime dotal avec société d'acquêts, alors que l'accroissement de sa valeur paraissait bien exceptionnel et dû au travail et à l'intelligence

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 573, p. 372 à 374 ; Proudhon, III, n° 1441, p. 289.

Cass. Req., 4 novembre 1885, D. 86. 1. 361 — S. 86. 1. 113 — ; Cass. Req., 23 mars 1825, D. R., v° Usufruit, n° 745, n. 1 — ; Montpellier, 21 février 1907, S. 07. 2. 138 — ; Orléans, 27 décembre 1902, sous Cass. Civ., 17 juillet 1911, D. 11. 1. 457 — ; Dijon, 1^{er} mai 1891, D. 91. 2. 332 — ; Besançon, 5 avril 1887, D. 88. 2. 229 — S. 89. 2. 62.

(2) Cf. supra p. 304 et 305.

(3) Aix, 24 mai 1905, D. 06. 2. 388.

du mari, sans s'arrêter au fait que, seul, il avait assuré la gestion et couru les risques du commerce, l'opposition des décisions que nous avons relevées, semble plus apparente que réelle ; elles sont intervenues dans des espèces où la communauté ou le mari ne pouvait prétendre aucune part de la plus-value, parce que l'exploitation se trouvait assurée par l'époux propriétaire du fonds de commerce (1), qui s'était seul exposé aux risques.

Dans la même hypothèse, nous avons déjà donné une solution analogue à celle de la jurisprudence, en laissant intégralement à la femme nu-propriétaire, qui exploite le fonds de commerce, le bénéfice de la plus-value (2). L'usufruitier n'ayant droit, dans notre opinion, qu'à la différence entre la valeur du fonds à l'expiration de la jouissance et celle qu'il aurait présentée à la même époque aux mains d'un commerçant avisé qui l'eût exploité dans des conditions économiques analogues, seule, en définitive, ouvre pour lui un droit à une indemnité la plus-value due à ses soins exceptionnels et aux dépenses qu'il a engagées en dehors de son obligation d'entretien : quand l'exploitation est assurée par le propriétaire, l'usufruitier ne peut donc élever aucune prétention à la plus-value, à moins

(1) Cass. Req., 14 avril 1893, D. 93. 1. 351 — S 93. 1. 416 — ; Paris, 30 avril 1894, S. 94. 2. 489 — ; Bordeaux, 17 février 1886, D. 86. 2. 119 — S. 86. 2. 206.

Se prononcent dans le même sens, refusant la plus-value à la communauté usufruitière : Aubry et Rau, VIII, n° 522, p. 305, n. 7 et 7 bis ; Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, Contrat de Mariage, II, n° 1288 et 1288 bis, p. 692 à 694 ; Colin et Capitant, III, p. 122 ; Planiol, III, n° 1005, p. 98 ; Rodière et Pont, II, n° 1253, p. 510 et 511.

S'étaient, au contraire, prononcés pour l'attribution à la communauté de la plus-value due à l'activité du mari : Troplong, Contrat de Mariage, III, n° 1876, p. 379 et 380.

Paris, 8 avril 1869, D. 69. 2. 236 — S. 69. 2. 205 — ; Bordeaux, 29 août 1840, S. 44. 2. 142.

Les opinions et les décisions rapportées se réfèrent à des cas de plus-value soit d'un fonds de commerce, soit d'un office ministériel, les deux hypothèses pouvant être assimilées.

(2) Cf. supra p. 282.

qu'elle ne résulte d'une intervention personnelle de sa part ou de l'incorporation au fonds de commerce de sommes ou de valeurs qui lui revenaient ou lui appartenaient en propre.

Aussi bien, quand ces dernières conditions se sont trouvées réalisées, les décisions de la jurisprudence ont-elles été différentes :

Dans un cas où l'amélioration du fonds de commerce demeuré propre au mari qui l'exploitait lui-même, était due à la prorogation du bail de l'immeuble commercial consentie par le locateur à la condition expresse que la femme s'engagerait conjointement avec le mari, le tribunal civil de la Seine a estimé que la communauté avait droit à une récompense égale au montant de la plus-value (1).

D'autre part, la Cour de Cassation s'est rapprochée de la solution que nous proposons dans une espèce où le mari avait incorporé, au cours de l'union conjugale, une part considérable des bénéfices à l'entreprise commerciale exploitée par une société en nom collectif, dans laquelle il se trouvait engagé antérieurement au mariage (2) ; comme sa part sociale lui était demeurée propre par suite de l'adoption du régime de la communauté réduite aux acquêts, le système contraire aurait consacré la spoliation de la communauté par le mari au profit de son patrimoine personnel.

Mais l'arrêt nous semble avoir fait entre les divers éléments du fonds de commerce une distinction bien arbitraire (3), en mettant à part le nom commercial avec son achalandage, pour refuser à la communauté tout droit à la plus-value acquise par cet élément, par le motif que cette plus-value, ne pouvant être ni détachée, ni distinguée de la part initiale du mari, devait lui rester propre comme cette part elle-même.

(1) Civ. Seine, 26 avril 1897, R. G. P. 97. 2. 208.

(2) Cass. Req., 25 octobre 1909, D. 10. 1. 257 — S. 11. 1. 361.

(3) Colin et Capitant, III, p. 122 ; Gaudemet, R. T. 1910, p. 163.

L'observation des réactions qui se produisent entre les divers biens groupés en vue de l'exercice du commerce et de la solidarité qui les unit, condamne cette distinction, parce que le développement donné aux autres éléments accroît presque nécessairement la valeur du nom commercial ; et d'ailleurs, le raisonnement auquel on fait appel pour la justifier, souvent reproduit par la jurisprudence (1), qui fonde également sur lui les décisions par lesquelles elle refuse à juste titre à l'usufruitier le bénéfice de la plus-value survenue indépendamment de sa volonté ou de son fait personnel, en particulier lorsque le droit de jouissance porte sur des actions ou des parts d'intérêts dans une société (2), pourrait aussi bien s'appliquer aux autres éléments du fonds de commerce qu'au nom commercial. Mais le mari ne cesse, pour nous, d'être propriétaire d'aucun d'entre eux et les reprend tous en cette qualité à l'expiration de l'usufruit ; aucune partie du fonds de commerce ne s'en trouve détachée et nous échappons ainsi à l'argument qui a arrêté la cour suprême, précisément parce qu'elle reconnaissait à l'usufruitier, dans la mesure de la plus-value, la propriété des objets qui en avaient bénéficié ; nous lui refusons le droit d'enlèvement, mais il se trouve, néanmoins, indemnisé de ses soins.

Nous avons eu déjà l'occasion de faire une application de ce système dans l'hypothèse, analogue à celle qui se trouvait soumise à la Cour de Cassation, où la femme a consacré à l'amélioration de son fonds de commerce propre des sommes prélevées sur la part des gains qui présente la caractère de fruit (3) : la communauté usufruitière

(1) Cf., en particulier, Cass. Req., 14 avril 1893, D. 93. 1. 351, (p. 352, 1^{re} col.) — S. 93. 1. 416 — ; Bordeaux, 17 février 1886, D. 86. 2. 119 (p. 120, 1^{re} col.) — S. 86. 2. 206.

(2) Cass. Req. 24 juin 1903, D. 04. 1. 591 — R. G. T. 03, 2^e sem. 1. 172 — ; Cass. Civ., 5 février 1890, D. 90. 1. 300 — S. 93. 1. 471 — ; Cass. Req., 14 mars 1877, D. 77. 1. 353 — S. 78. 1. 5.

Cf., sous ce dernier arrêt, la note de M. Labbé, où l'idée se trouve dégagée. (S. 78. 1. 5, spécialement p. 9, 1^{re} et 2^e colonnes).

(3) Cf. supra p. 282.

nous paraît alors avoir droit à une récompense, dont le montant ne pourrait, d'ailleurs, excéder ni les sommes dont la femme aurait disposé au préjudice de l'usufruit, ni la plus-value procurée au fonds de commerce (1).

Quand il ne s'impose pas pour sauvegarder les intérêts légitimes de l'usufruitier, comme dans les cas que nous venons d'examiner, le parti que nous avons cru devoir adopter pour le règlement des restitutions, est éminemment favorable au nu-propiétaire lui-même, au même titre que la répartition du bénéfice salaire au prorata des opérations commerciales accomplies (2), en incitant l'usufruitier à sacrifier dans une juste mesure les profits immédiats au développement de l'entreprise.

Il se rapproche beaucoup de la solution qu'ont admise plusieurs auteurs, d'après laquelle le nu-propiétaire et l'usufruitier se tiennent compte de la différence entre les estimations du fonds de commerce au début et à la fin de l'usufruit (3) ; il s'en détache seulement en ce qu'il ne fixe pas d'une manière aussi rigide l'étendue de l'obligation de restituer, dont la mesure ne semble point pouvoir être la valeur de la chose à l'entrée en jouissance, puisqu'il s'agit d'un corps certain, mais bien la valeur qu'elle devrait avoir à l'expiration du droit d'usufruit ; l'indemnité due par le nu-propiétaire, afin qu'au cas d'amélioration il ne s'enrichisse pas aux dépens de l'usufruitier, ne peut être équitablement calculée que sur cette base, si l'on veut réellement abandonner la conception du fonds de commerce comme un ensemble de choses fongibles, susceptibles seulement de quasi-usufruit (4).

Si le nu-propiétaire et l'usufruitier s'entendaient pour

(1) Art. 1437 C. Civ.

(2) Cf. *supra* p. 212 et 213.

(3) Aubry et Rau, II, n° 236, p. 742 et n. 9 ; Huc, Commentaire, IV, n° 183, p. 232 ; Laurent, VI, n° 423, p. 535.

(4) Cette conception n'a pas été sans influence, en particulier, sur Aubry et Rau, qui sont parmi les auteurs obligeant le nu-propiétaire à payer la plus-value calculée sur l'estimation d'entrée en jouissance.

que ce dernier conserve les éléments nouveaux apportés par lui, au lieu de recevoir le montant de la plus-value cette reprise présenterait pour nous le caractère d'une cession mobilière, donnant ouverture au droit d'enregistrement, sans qu'il y ait lieu d'établir de distinction entre les marchandises (1) et les autres éléments du fonds de commerce.

(1) Comp. Cass. Civ., 26 février 1894, S. 95. 1. 102.

Contra : Wahl, Note sous cet arrêt.

Saint-Quentin, 6 décembre 1899, R. A., v° Usufruit, n° 1121.

CHAPITRE TROISIÈME

EFFETS DE L'EXTINCTION DE L'USUFRUIT EN CE QUI CONCERNE LES OBLIGATIONS COMMERCIALES

Une distinction doit être faite entre les obligations qui se trouvaient déjà comprises dans la composition du fonds de commerce à l'ouverture de l'usufruit, comme étant nées au cours de l'exploitation de l'ancien propriétaire, et celles que l'usufruitier a contractées pendant sa jouissance. Les pouvoirs différents sur le fonds de commerce des exploitants successifs ne permettent pas de reconnaître aux unes et aux autres, quelle que soit leur origine, les mêmes effets dans les rapports entre l'ancien propriétaire, le nu-propriétaire et l'usufruitier, d'une part, et les tiers, créanciers et débiteurs, d'autre part ; l'ancien propriétaire demeure même, dans tous les cas, absolument étranger à la gestion de l'usufruitier (1).

Ainsi que nous avons eu déjà l'occasion de le faire remarquer, les questions relatives aux obligations conservent un intérêt même si l'on rejette, avec la plupart des auteurs, l'incorporation des créances et des dettes au fonds de commerce, puisque tout le monde est d'accord pour admettre, au moins implicitement, que la règle n'est pas sans pré-

(1) La même distinction est faite ici que nous avons déjà rencontrée (Cf supra p. 253), entre l'ancien propriétaire et le nu-propriétaire, dont les personnes se confondent souvent.

Quant à l'usufruitier, ce qui est dit de lui dans ce chapitre s'appliquera généralement à ses ayants cause tenus de ses obligations, puisque, le plus souvent, l'usufruit a pris fin par sa mort.

senter d'exceptions. Personne n'examine, d'ailleurs, les difficultés que ces exceptions soulèvent et n'explique, par exemple, comment l'usufruitier est déchargé, vis-à-vis du bailleur, des obligations du contrat de location qui lui a été transmis au début et n'est pas venu à expiration lorsque l'usufruit prend fin, ni ne décide si le bail passé par l'usufruitier lie le nu-propiétaire envers le bailleur et, dans l'affirmative, pour quelle durée.

SECTION I

OBLIGATIONS ANTÉRIEURES A L'OUVERTURE DE L'USUFRUIT LIBÉRATION DE L'USUFRUITIER

Nous avons admis que les obligations contractées par l'ancien propriétaire pour lui et pour ses successeurs avaient été transmises, à l'ouverture de l'usufruit, à l'usufruitier et au nu-propiétaire qui acceptaient de devenir créancier ou débiteur, le premier par le fait seul de son entrée en jouissance, le second par son acceptation du legs ou de la donation (1).

Au cours de l'usufruit, les droits du nu-propiétaire, comme créancier, et ses obligations, comme débiteur, se trouvaient suspendus ou limités par le droit de jouissance de l'usufruitier ; il ne jouait qu'un rôle effacé et passif. Au contraire, l'usufruitier avait la jouissance des créances et, dans une mesure que nous avons déterminée, la charge des dettes.

Lorsque son droit vient à expiration, l'usufruitier disparaît ; les tiers se trouvent alors seulement en présence de l'ancien propriétaire, leur débiteur primitif, et du nu-propiétaire, devenu le successeur en faveur de qui la stipulation a été faite, qui, seul, peut désormais se prévaloir des créances, mais qui, en revanche, a accepté la charge des dettes et en est tenu pour le tout. La fin de

(1) Cf. supra p. 254.

l'usufruit ouvre ainsi une nouvelle phase où la stipulation et la promesse pour autrui de l'ancien propriétaire produisent, à l'égard du nu-propriétaire, leur plein effet. Il ne peut plus revenir sur la décision qu'il a prise en acceptant le legs ou la donation, car il ne possède pas le droit de renoncer, que les articles 621 et 622 du Code Civil reconnaissent à l'usufruitier.

Aucune modification n'est apportée à la situation de l'ancien propriétaire ; en aliénant le fonds de commerce dont les *créances* suivent le sort, il a définitivement perdu le droit d'en demander l'exécution au débiteur ; l'extinction de l'usufruit est impuissante à le lui rendre.

Au contraire, le lien établi entre le débiteur et l'usufruitier pour la durée de la jouissance est rompu ; mais le danger d'un paiement effectué de bonne foi entre ses mains par le débiteur ignorant que son droit a pris fin n'est pas écarté (1). Aussi, bien que l'usufruitier et le nu-propriétaire ne puissent point être considérés dans leurs rapports réciproques comme cédant et cessionnaire, sauf dans les cas exceptionnels où l'usufruit s'est éteint soit par l'abandon, soit par le rachat du droit de jouissance et où la formalité de l'article 1690 du Code Civil s'imposerait, le nu-propriétaire agira-t-il prudemment en faisant connaître au débiteur que le paiement doit désormais être reçu par lui seul.

Le droit même de l'ancien propriétaire, tel qu'il avait été acquis par ce dernier, a été transporté dans le patrimoine du nu-propriétaire et s'y trouve désormais dépourvu de toute limitation. Il peut, par exemple, demander directement au bailleur de lui assurer la jouissance de l'immeuble où le fonds est établi, à tous ceux qui se sont engagés, envers l'ancien propriétaire ou ses prédécesseurs, à ne pas faire concurrence, de ne pas le gêner dans l'exercice du commerce.

Le nu-propriétaire est tenu pour le tout des *obligations passives* et peut être poursuivi sur l'ensemble de son pa-

(1) Art. 1240 C. Civ.

trimoine, qui comprend maintenant la pleine propriété du fonds de commerce, reconstituée par l'extinction de l'usufruit. Les créanciers ont contre lui les actions mêmes qu'ils pouvaient intenter contre l'ancien propriétaire, leur débiteur primitif.

Ce dernier ne voit pas sa situation s'améliorer ; elle demeure, au point de vue passif comme au point de vue actif, ce qu'elle était au cours de la jouissance. Les créanciers peuvent exiger de lui l'exécution sur tous ses biens, à moins qu'ils ne l'aient expressément déchargé ; quant à lui, il a seulement le droit de se retourner contre le nu-propriétaire pour le forcer à s'acquitter et, peut-être, d'obliger les créanciers à lui adresser d'abord leurs demandes de paiement quand ils ne peuvent invoquer aucun intérêt à ne pas changer de débiteur (1).

L'usufruitier, enfin, se trouve libéré des obligations passives qui lui avaient été transmises avec l'ensemble du fonds de commerce dont elles faisaient partie. Les mêmes motifs qui militent en faveur du transfert des dettes au début de l'usufruit, exigent qu'il cesse d'en être tenu lorsque son droit vient à s'éteindre : il se trouve désormais dépourvu de tout moyen d'exécuter, puisqu'il a dû remettre au nu-propriétaire les éléments actifs du fonds ; et, s'il s'agit d'une obligation née d'un contrat synallagmatique tendant à procurer aux deux parties des avantages réciproques et successifs, il semble inadmissible que le créancier, le bailleur de l'immeuble par exemple, puisse continuer de réclamer à l'usufruitier l'exécution, le paiement des loyers, alors qu'il conserve le même droit contre l'ancien propriétaire, locataire primitif, et qu'il vient de l'acquérir, par l'extinction de l'usufruit, contre le nu-propriétaire qui, seul, profite désormais des avantages du contrat.

Mais, comme on ne peut considérer actuellement le fonds de commerce comme un patrimoine séparé qui, soumis à la jouissance de l'usufruitier sans entrer en composition avec son patrimoine civil, passerait ensuite tout entier au

(1) Cf. *supra* p. 261.

nu-propriétaire avec son actif et son passif propres, comment expliquer que les obligations passives, une fois entrées dans le patrimoine de l'usufruitier et ayant reçu pour gage l'ensemble de ses biens, puissent en ressortir sans le consentement exprès des créanciers qui perdent ainsi la garantie que la constitution d'usufruit leur avait fait acquérir ?

On pourrait être tenté de rapprocher la situation de l'usufruitier de celle de certains cessionnaires intermédiaires, que la jurisprudence reconnaît dégagés de tous rapports avec le créancier aussitôt qu'ils ont eux-mêmes transmis leur obligation à un autre débiteur qui leur est substitué : au cas de cessions successives d'un bail, il a ainsi été jugé que, seuls, le preneur primitif et le dernier cessionnaire étaient tenus envers le bailleur à l'exclusion des cessionnaires intermédiaires (1), au cas de transport par voituriers successifs, que, seuls, le chargeur et le dernier voiturier étaient responsables à l'égard de l'expéditeur et du destinataire à l'exclusion des transporteurs intermédiaires (2).

Les tribunaux motivent la libération du cessionnaire intermédiaire du bail soit en invoquant que son obligation

(1) Cass. Civ., 19 juin 1876, D. 77. 1. 57 — S. 76. 1. 465 — ; Paris, 31 décembre 1896, D. 97. 2. 515 — ; Lyon, 30 juin 1887, D. 88. 2. 59 — S. 89. 2. 180 — ; Paris, 11 février 1879, D. 79. 2. 135 — S. 79. 2. 82 — ; Paris, 7 février 1877, D. 78. 2. 105 (2^e espèce, p. 107) — S. 78. 2. 15 — ; Paris, 29 février 1876, D. 77. 2. 224 — S. 76. 2. 329.

En ce sens : Guillouard, R. C. 1882, n^{os} 39 et 40, p. 206 à 208, reproduit dans le traité du Contrat de Louage, I, n^{os} 347 et 348, p. 366 à 368.

Contra : Aubry et Rau, V, n^o 368, n. 18 quinquies, p. 337 et 338.

Comp. Baudry-Lacantinerie et Wahl, Louage, I, n^o 1160 et 1161, p. 670 à 672 — ; Huc, Commentaire, X, n^o 282 et 283, p. 375 à 378 — ; Labbé, Note sous Paris, 29 février 1876, S. 76. 2. 329 et R. C. 1876, n^o 20, p. 666 à 668, qui n'admettent pas que le bailleur puisse agir contre les cessionnaires par voie d'action directe.

(2) Cass. Civ., 29 janvier 1896, D. 96. 1. 406 — S. 96. 1. 363, qui n'admet la responsabilité des voituriers intermédiaires que s'il y a faute.

Contra : Lyon-Caen et Renault, III, n^o 637, p. 557 et 558 ; Thaller, Traité Elém., n^{os} 1229 et 1230, p. 650 et 651.

avait seulement pour origine la jouissance des lieux (1), soit en établissant une corrélation absolue entre la créance et la dette nées du contrat (2). Mais on ne voit pas comment la détention d'un objet pourrait imposer au cessionnaire une obligation d'origine contractuelle, et quant aux obligations actives et passives du preneur envers le bailleur, liées dans leur origine, elles semblent ensuite indépendantes ; sinon, il faudrait appliquer la même explication au preneur primitif et le reconnaître également libéré, du moment où il a perdu la jouissance et le droit d'exiger qu'elle lui soit procurée.

Ainsi qu'on l'a fait observer, ces solutions, très conformes aux nécessités pratiques, sont difficiles à justifier (3). Elles supposeraient l'existence d'un principe, auquel nous avons déjà fait allusion (4), d'après lequel la subrogation par le débiteur d'un tiers dans son obligation pourrait devenir opposable au créancier sans que son adhésion fût nécessaire, pourvu seulement que cette substitution « ne porte pas atteinte aux droits qui résultent pour lui de la créance primitive » (5).

Mais ce transport de dette suppose une convention, expresse ou tacite entre les cessionnaires successifs, qui existe dans les cas de cession de bail et de contrat de transport, où la jurisprudence a été appelée à statuer, mais non point, en général, dans l'hypothèse de l'usufruit d'un fonds de commerce ; il s'agit ici d'expliquer la libération de l'usufruitier à l'expiration de son droit et le transfert au

(1) Lyon, 30 juin 1887, D. 88. 2. 59 — S. 89. 4. 180 — ; Paris, 11 février 1879, D. 79. 2. 135 — S. 79. 2. 82 — ; Paris, 7 février 1877, D. 78. 2. 105 (2^e espèce, p. 107) — S. 78. 2. 15 — ; Paris, 29 février 1876, D. 77. 2. 224 — S. 76. 2. 329.

(2) Cass. Civ., 19 juin 1876, D. 77. 1. 57 — S. 76. 1. 465.

Cet arrêt, de même que ceux cités à la note précédente, participe, d'ailleurs, à la fois des deux idées, à la vérité très voisines.

(3) Gaudemet, p. 405, et, sur l'ensemble de ce système de la jurisprudence, p. 397 à 416.

(4) Cf. supra p. 111.

(5) Gaudemet, p. 407.

nu-propiétaire de l'obligation dont il était tenu, alors qu'entre eux il est impossible de présumer un accord quelconque dans ce but. L'un et l'autre sont titulaires de droits absolument indépendants; ils ne peuvent en aucune façon être assimilés à deux cessionnaires successifs et le nu-propiétaire n'est pas l'ayant cause de l'usufruitier dont la jouissance constitue simplement une limitation temporaire de sa propriété.

C'est en réalité à l'acceptation par l'usufruitier de l'engagement pris envers le créancier par l'ancien propriétaire pour lui-même et pour ses successeurs qu'il faut remonter, si l'on veut expliquer sa libération à la fin de l'usufruit; ici, nous nous rapprochons d'une idée indiquée par Guillouard (1) dans l'explication qu'il tente d'apporter à la libération du cessionnaire intermédiaire d'un bail : le preneur primitif, dit-il, est engagé pour un temps déterminé; au contraire, le cessionnaire n'a contracté d'obligations, vis-à-vis du bailleur, qu'à raison et pour la durée des droits qu'il acquerrait contre lui.

Cette idée, inadmissible en dehors d'une clause explicite du contrat de cession contenant stipulation en faveur du bailleur, paraît s'adapter, au contraire, à la situation de l'usufruitier. L'engagement dont il prend charge se trouvait englobé dans l'ensemble des biens affectés au commerce, dont l'usufruit lui était offert indivisément. Par son entrée en jouissance, il l'a assumé, mais n'a pu avoir l'intention de s'obliger par là pour une période de temps qui ne correspondit pas exactement à la durée du droit, essentiellement temporaire, qui venait de s'ouvrir en sa faveur; et la restriction, contenue dans son acceptation, que la nature de l'usufruit justifie et permet de présumer avec certitude, s'impose au créancier, puisque c'est seulement par ce consentement qu'il a acquis le droit d'opposer sa créance à l'usufruitier.

Un exemple concret, dont la donnée est empruntée à la jurisprudence, permettra de préciser cette idée. Un com-

(1) Guillouard, Louage, n° 348, p. 368.

merçant cède le fonds de quincaillerie qu'il exploitait, en se réservant, toutefois, la vente des charrues qui formait une branche importante de son commerce. L'obligation passive de ne pas lui faire concurrence dans ce domaine s'imposera désormais à tous les cessionnaires succesifs du fonds de quincaillerie au profit de ceux qui pourront, par la suite, acquérir le droit de vendre des charrues (1), parce que le premier cessionnaire et le premier cédant ont promis et stipulé pour eux-mêmes et pour leurs successeurs ; ces derniers, en prenant en mains l'exploitation, assument ainsi la charge et sont investis du droit respectivement incorporés par la convention primitive aux deux fonds de commerce issus de l'aliénation partielle réalisée par leurs auteurs.

Si, au lieu de faire l'objet d'une cession, le fonds de quincaillerie avait fait l'objet d'une constitution d'usufruit, l'usufruitier, par son entrée en jouissance, serait également considéré comme ayant implicitement accepté la restriction imposée aux successeurs du premier cessionnaire, mais seulement dans la mesure où il devient successeur, c'est-à-dire pour le temps de son usufruit ; et, à l'expiration de son droit, il reprendrait toute sa liberté à l'égard du bénéficiaire de la stipulation ; on ne peut lui prêter l'intention de s'imposer indéfiniment à lui-même et à ses ayants cause une obligation comprise dans la partie passive d'une fraction de patrimoine, dont la partie active n'est offerte à sa jouissance que pour un temps limité.

Cette interprétation de l'engagement pris par l'usufruitier ne justifie pas seulement l'extinction du droit du créancier contre lui à la fin de l'usufruit ; elle explique également pourquoi, au cours de sa jouissance, les créanciers peuvent lui demander exclusivement d'exécuter les obligations qui constituent proprement une contre-partie ou une charge des avantages qu'il retire : dans l'un et l'autre cas, la nature de son droit indique l'étendue et la durée de l'obligation qu'il a entendu contracter.

(1) Angers, 20 juin 1888, A. D. C. 88, I, p. 231.

SECTION II

OBLIGATIONS CONTRACTÉES PAR L'USUFRUITIER AU COURS DE L'USUFRUIT

Il est d'un grand intérêt pour le nu-propiétaire, que la nature de son droit maintenait à l'écart de la gestion du fonds de commerce au cours de l'usufruit, de profiter des contrats passés par l'usufruitier ; celui-ci, d'autre part, tenu de cesser le commerce, a de même avantage à se décharger sur lui des obligations qu'il a contractées ; il ne peut, d'ailleurs, le faire profiter des relations d'affaires fixées à certaines d'entre elles sans les lui transmettre elles-mêmes ; enfin, les tiers, sauf au cas exceptionnel où ils ont traité avec l'usufruitier en considération de sa personne, hypothèse particulière dans laquelle leur volonté doit être respectée, sont intéressés à voir les obligations suivre le fonds de commerce.

D'une façon générale, le démembrement qui résulte du maintien des créances et des dettes dans le patrimoine de l'usufruitier, tandis que tous les autres éléments font retour au nu-propiétaire, a des conséquences aussi fâcheuses qu'en aurait eues, à l'ouverture de l'usufruit, la séparation de l'actif et du passif.

D'ailleurs, l'usufruitier qui a pris charge, à son entrée en jouissance, d'un ensemble d'obligations, ne serait-ce que de la créance et de la dette corrélatives résultant d'un droit au bail, se trouve tenu de restituer un fonds de commerce comprenant un élément de même nature (1). Comment pourra-t-il le faire, s'il lui est impossible de présenter, en remplacement des contrats expirés et des créances échues, les conventions qu'il a conclues et les droits qu'il a acquis ?

Au contraire, lui permettre d'en faire profiter le nu-propiétaire peut faciliter le règlement des restitutions en

(1) Aix, 12 mars 1878, D. S., v° Usufruit, n° 87, n. 1 (motifs p. 691, 2^e colonne) — S. 78. 2. 265 (motifs, p. 266, 2^e colonne) : solution implicite.

donnant à l'usufruitier le moyen de tirer un parti avantageux de l'actif commercial dont bien des éléments, précieux pour son successeur, resteraient sans valeur entre ses mains.

Mais on ne peut admettre que l'usufruitier, qui connaît les étroites limites de son droit, ait entendu, comme l'ancien propriétaire, stipuler et promettre pour ses successeurs en même temps que pour lui-même. Le mécanisme de la stipulation et de la promesse pour autrui s'adapte mal, d'ailleurs, aux situations respectives de l'usufruitier et du nu-propriétaire ; pour qu'elles produisent effet, la ratification du tiers est indispensable (1) et le nu-propriétaire n'a pas, à la fin de l'usufruit, l'occasion de manifester l'expression d'une volonté qui puisse être tenue pour une acceptation ; il rentre en jouissance par le fait seul de l'extinction du droit réel qui était venu temporairement limiter son droit de propriété et ne possède point la ressource de renoncer à ce dernier : interpréter sa reprise de possession du fonds de commerce comme une ratification aboutirait donc à permettre à l'usufruitier de l'obliger indéfiniment sur tous ses biens sans qu'il puisse se dégager.

Faut-il donc renoncer à trouver une explication qui permette d'admettre et de justifier le transfert des créances et des dettes au nu-propriétaire, tout en le garantissant contre la mauvaise exploitation de l'usufruitier ? Nous ne le pensons pas.

§ I : *Essai d'une explication
du transfert au nu-propriétaire des obligations contractées
par l'usufruitier*

En ce qui concerne particulièrement les obligations résultant du bail, on pourrait être tenté d'appliquer l'article 595 du Code Civil et de décider que le contrat passé par l'usufruitier avec le propriétaire de l'immeuble peut être

(1) Art. 1120 et 1121 C. Civ.

invoqué par le nu-propiétaire et lui demeure opposable à la fin de l'usufruit dans les conditions fixées par les articles 1429 et 1430 du Code Civil.

Mais ces textes visent l'hypothèse inverse, celle où l'usufruitier donne en location l'objet de son droit ; ils ne concernent pas celle où il loue un local pour exercer sa jouissance sur le bail et le rendre au nu-propiétaire en représentation de celui qu'il a reçu au début de l'usufruit.

De plus, appliqués au bail de l'immeuble commercial, ils restreindraient le droit de l'usufruitier dans des limites trop étroites en raison de l'intérêt que présentent pour l'exercice du commerce les baux de longue durée qui, seuls, donnent au fonds la stabilité indispensable à la création et à l'entretien des relations commerciales.

Toutefois, l'article 595 du Code Civil fournit une idée utile : l'usufruitier peut obliger le propriétaire lorsqu'il cantonne son activité dans l'accomplissement d'actes d'administration et qu'un intérêt d'ordre pratique exige que ces actes produisent effet même après l'expiration de l'usufruit. Sans doute, on ne peut étendre cette disposition par analogie en raison de son caractère exceptionnel ; mais elle paraît autoriser à admettre qu'un résultat de même nature se produise lorsqu'il est imposé par une nécessité économique pressante, survenant dans une hypothèse que le législateur de 1804 n'a pu prévoir.

Nous sommes ainsi amené à proposer de voir dans l'usufruitier du fonds de commerce contractant des obligations un gérant d'affaires qui exploite pour son propre compte, mais dont les actes peuvent également profiter et devenir opposables au nu-propiétaire, si toutefois les conditions de formation du quasi-contrat se trouvent réunies : il s'agit donc de déterminer si l'on peut admettre qu'il y ait, de la part de l'usufruitier, gestion de l'affaire d'autrui, accomplie utilement et, ajoutent la plupart des auteurs, volontairement.

Tous les actes de l'usufruitier sont susceptibles de profiter ou de nuire au nu-propiétaire lorsqu'il rentre en possession à l'expiration du droit de jouissance, soit que le

fonds ait été approvisionné par des marchés avantageux encore en cours, soit qu'un bail lui assure pour longtemps un local favorablement situé. L'usufruitier, il est vrai, exploitait en son propre nom ; mais ce n'est pas un obstacle puisque la loi a prévu des « engagements personnels » du gérant (1).

Quant à l'utilité de la gestion, c'est une question de fait à apprécier dans chaque cas particulier ; l'administration sera considérée comme bonne lorsque l'usufruitier aura satisfait à son obligation de restituer (2), compte tenu de tous les éléments qui entrent dans la composition du fonds de commerce, y compris les obligations actives et passives. Il résulte de là que l'on devra se placer à l'époque où l'usufruit prend fin pour apprécier l'utilité de la gestion. Nous proposons donc d'apporter ici une exception à la règle généralement adoptée, d'après laquelle il faut considérer l'utilité initiale des actes (3) ; elle nous semble se justifier par plusieurs considérations : le gérant a ici l'obligation spéciale de conserver la substance de la chose (4), c'est le but qui lui est proposé et son accomplissement seul permet de juger l'administration de l'affaire ; c'est seulement à la fin de l'usufruit qu'il est possible de savoir si les conséquences juridiques des actes de l'usufruitier subsisteront pour passer au nu-propriétaire et donner lieu à l'application des règles de la gestion d'affaire ; enfin, les motifs d'équité pour lesquels on a été amené à considérer l'utilité initiale de l'acte, n'existent pas au cas d'usufruit d'un fonds de commerce : l'on voulait éviter que le gérant désintéressé pût être victime d'un hasard malheureux empêchant par la suite le résultat justement escompté de se produire, mais on ne peut souhaiter, en présence d'un usufruitier poussé à agir par un mobile

(1) Art. 1375 C. Civ.

(2) Cf. supra p. 298.

(3) Aubry et Rau, VI, n° 441, p. 299 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2818, p. 465 ; Demolombe, XXXI, n° 184, p. 464 ; Laurent, XX, n° 329, p. 357 et 358 ; Planiol, II, n° 2280, p. 712.

(4) Art. 578 C. Civ.

égoïste, que le nu-propriétaire subisse la même chance fâcheuse, alors qu'il est dépourvu de tout recours et de tout contrôle et que la gestion présente, à son égard, un caractère nécessaire.

L'élément intentionnel, exigé en outre par la majorité de la doctrine (1), peut se ramener à la connaissance chez le gérant du fait que ses actes profiteront ou nuiront au maître ; il n'est pas nécessaire, pour qu'il existe, que la gestion soit spontanée (2), puisqu'on assimile le débiteur solidaire qui paie la dette à un gérant d'affaires (3), ni désintéressée, pourvu qu'en agissant dans son propre intérêt, le gérant ait eu l'intention d'agir dans l'intérêt du maître (4).

Il n'y a, dans ces conditions, aucune difficulté à reconnaître chez l'usufruitier, qui, sans doute, exerce le commerce dans son propre intérêt, mais sait que son droit n'est que temporaire et qu'un moment viendra où le nu-propriétaire en éprouvera les conséquences, l'intention de gérer l'affaire d'autrui (5).

(1) Aubry et Rau, VI, n° 440 et 441, p. 291 à 295 et n. 3 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2791, p. 450 ; Colin et Capitant, II, p. 720 et 721 ; Demolombe, XXXI, n° 76 à 87, p. 72 à 83 ; Laurent, XX, n°s 323 à 325, p. 352 à 355 ; Planiol, II, n° 2277, p. 712 et Note sous Cass. Req., 16 juillet 1890, D. 91. 1. 49.

Comp. Poitiers, 2 décembre 1907, D. 08. 2. 332 — S. 09. 2. 41.

Contra : Larombière, sous les art. 1372 et 1373 C. Civ., n° 18, p. 418 à 420.

Cass. Req., 28 février 1910, D. 11. 1. 137 — ; Cass. Req., 16 juillet 1890, D. 91. 1. 49 — S. 94. 1. 19 — ; Cass. Req., 18 juin 1872, D. 72. 1. 471 — S. 90. 2. 25, n. (a) — ; Aix, 20 décembre 1888, S. 90. 2. 25, et la note de M. Naquet (p. 25, 3^e colonne).

(2) Cf. Laurent, XX, n° 320, p. 349 et 350.

(3) Colin et Capitant, II, p. 720 ; Demolombe, XXXI, n°s 105 et 106, p. 101 à 103.

(4) Aubry et Rau, VI, n° 441, p. 296 ; Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2794, p. 452 ; Colin et Capitant, II, p. 719 et 720 ; Demolombe, XXXI, n° 104, p. 101 ; Laurent, XX, n° 323, p. 352 ; Vizioz, n° 65, p. 253 à 255.

(5) La théorie qui considère comme indépendantes les obligations nées à la charge du gérant et à la charge du maître (Vizioz, n°s 62

La même idée a été appliquée à l'usufruitier qui contracte une assurance pour la pleine propriété, par conséquent dans l'intérêt du nu-propiétaire en même temps que pour lui-même : on admet qu'il agit comme gérant et que le nu-propiétaire, à la fin de l'usufruit, profite du contrat (1).

Il reste à examiner si les conséquences en paraissent acceptables dans l'hypothèse qui nous occupe.

§ II : *Application du système proposé dans les rapports de l'usufruitier, du nu-propiétaire et des tiers* (2)

Lorsque l'administration a été mauvaise, le quasi-contrat ne se forme pas ; le nu-propiétaire demeure alors absolument étranger aux obligations nées du chef de l'usufruitier. Il ne peut pas invoquer les créances sans se charger des dettes, car la gestion d'affaires est indivisible (3), et n'a pas le droit de se les faire attribuer en règlement des restitutions par préférence aux créanciers de l'usufruitier ;

à 64, p. 240 à 252) permet d'accepter plus facilement les solutions que nous proposons : comme le fait seul de la gestion donne au maître action contre le gérant, tandis que l'obligation de dédommager intégralement ce dernier suivant les règles posées par l'article 1375 du Code Civil naît seulement lorsque l'élément intentionnel existe à l'origine de la gestion, il devient possible de faire produire effet aux actes de l'usufruitier en faveur du nu-propiétaire, tout en considérant celui-ci comme obligé dans la mesure de son enrichissement, même si l'on n'admet pas que la gestion de l'usufruitier remplit les conditions d'une gestion volontaire.

(1) Baudry-Lacantinerie et Chauveau, des Biens, n° 750, p. 488 et 489 ; Colin et Capitant, I, p. 819 ; Planiol, I, n° 2831, p. 883.

(Cass. Civ., 9 novembre 1887, D. 88. 1. 177 — S. 89. 1. 273 (Motifs des décisions rapportées et notes, en particulier S. 89. 1. 274, 1^{re} et 2^e colonnes).

(2) La forme donnée aux développements qui vont suivre n'implique en rien la pensée que l'explication suggérée dans le paragraphe précédent est définitive ; nous l'avons supposée admise simplement dans le but de faciliter l'exposé des résultats auxquels elle aboutirait.

(3) Sur l'indivisibilité de la gestion d'affaires, cf. Demolombe, XXXI, n° 202, p. 178 et 179 ; Duranton, XIII, n° 673, p. 687.

il vient avec eux sur ces créances au marc le franc parce qu'il n'agit pas, comme pour les éléments du fonds de commerce, en qualité de propriétaire reprenant sa chose, l'usufruit terminé, mais comme simple créancier de l'usufruitier, tenu de l'obligation personnelle de restituer.

Lorsque la gestion a été bonne, le nu-propiétaire doit décharger l'usufruitier des engagements qu'il a pris (1), soit en l'indemnisant s'il a été obligé de payer, soit en se faisant accepter pour débiteur et en s'acquittant à sa place. De son côté, l'usufruitier doit s'abstenir de réclamer et de recevoir le paiement des débiteurs ; il y est doublement tenu envers le nu-propiétaire, comme gérant puisqu'il est dessaisi de l'affaire (2) et comme usufruitier puisque son droit de jouissance est éteint.

Mais le nu-propiétaire ne devient pas directement créancier et débiteur. Il ne peut poursuivre l'exécution des créances qu'en exerçant contre les tiers les actions de l'usufruitier par application de l'article 1166 du Code Civil (3) ; et sur le produit de ces actions, il subit le concours des créanciers personnels de l'usufruitier (4). Celui-ci reste tenu envers les tiers sur tous ses biens (5) et, dans

(1) Art. 1375 C. Civ. ; sur cet article, cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2815, p. 463 ; Demolombe, XXXI, n° 195 à 197, p. 173 ; Larombière, sous l'article 1375, n° 3, p. 441 ; Laurent, XX, n° 332, p. 359 à 361 ; Planiol, II, n° 2281, p. 713.

(2) Art. 1372 et 1993 C. Civ.

(3) Sur cette action indirecte accordée au maître de l'affaire et contre lui : Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2816, p. 463 et 464 ; Demolombe, XXXI, n° 198 à 200, p. 173 à 178 ; Larombière, sous l'art. 1375, n° 5, p. 442 et 443 ; Laurent, XX, n° 332, p. 360 ; Planiol, Note ss. Cass. Req., 16 juillet 1890, D. 91. 1. 49 (p. 50 1^{re} colonne).

(4) Dans le sens du concours des créanciers du gérant : Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2816, p. 464 ; Laurent, XX, n° 332, p. 360.

Contra : Demolombe, XXXI, n° 200, p. 175 à 178 ; Larombière, sous l'art. 1375, n° 5, p. 443.

(5) Sur le maintien des obligations du gérant : Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2816, p. 464 ; Demolombe, XXXI, n° 196, p. 173 ; Larombière, sous l'art. 1375, n° 5, p. 442 ; Laurent,

ses rapports avec eux, conserve le droit de leur demander l'exécution.

Si exceptionnellement, en contractant, par exemple, des obligations dont les effets doivent se poursuivre sur une longue période, l'usufruitier avait traité tant en son nom qu'au nom du nu-propriétaire, son successeur, celui-ci serait directement tenu de remplir les engagements qu'il aurait pris et-pourrait, en revanche, s'adresser directement aux débiteurs pour en exiger l'accomplissement (1).

Ces règles nous paraissent applicables au bail de l'immeuble commercial conclu ou renouvelé par l'usufruitier. Si, considérée dans son ensemble, son administration a été bonne, le contrat passé par lui sera opposable au nu-propriétaire qui pourra également en invoquer le bénéfice. Et comme la durée du bail, loin de représenter ici une entrave à la mise en valeur du fonds de commerce, lui confère, au contraire, en général, une plus-value et constitue un avantage pour l'exploitation, aucune limite ne semble devoir être fixée une fois pour toutes aux pouvoirs de l'usufruitier, gérant d'affaires : la location la plus longue, contractée plusieurs années avant l'expiration du bail en cours, pourra donc, suivant les circonstances, entrer dans les actes de bonne administration (2).

Jamais l'usufruitier ne peut demander au nu-proprié-

XX, n° 332, p. 360 ; Planiol, Note ss. Cass. Req., 16 juillet 1890, D. 91. 1. 49 (p. 50, 1^{re} colonne).

(1) Art. 1375 C. Civ. ; sur cet article, cf. Baudry-Lacantinerie et Barde, Obligations, III, n° 2814, p. 463 ; Colin et Capitant, II, p. 722 et 723 ; Demolombe, XXXI, n° 192 à 194, p. 169 à 173 ; Larombière, sous l'art. 1375, n° 2, p. 441 ; Laurent, XX, n° 332, p. 360 et 361 ; Naquet, Note sous Cass. Req., 20 décembre 1910, S. 12. 1. 305 (p. 306, 2^e colonne) ; Planiol, II, n° 2281, p. 713 et Note sous Cass. Req., 16 juillet 1890, D. 91. 1. 49 (p. 50, 1^{re} colonne).

(2) Elle prend ainsi place parmi les actes valablement accomplis par le gérant d'affaires même pour les auteurs qui restreignent le domaine du quasi-contrat aux actes d'administration, comme Demolombe (XXXI, n° 108 et 109, p. 103 à 105) et Naquet (Note sous Cass. Req., 20 décembre 1910, S. 12. 1. 305, p. 305, 2^e et 3^e colonne et p. 306, 1^{re} colonne).

taire le remboursement des dépenses qu'il a faites, en dehors des règles que nous avons établies dans le chapitre consacré aux restitutions. L'y autoriser par application de l'article 1375 du Code Civil serait lui permettre de récupérer les frais d'une exploitation qu'il est tenu d'assurer, puisque la gestion était une obligation de son usufruit ; en l'accomplissant, il a agi avant tout par intérêt personnel et peut être, dès lors, traité moins favorablement qu'un gérant d'affaires désintéressé (1).

D'ailleurs, l'usufruit, en plaçant le maître et le gérant, l'un vis-à-vis de l'autre, dans la situation de nu-propriétaire et d'usufruitier, les expose aux chances diverses d'un droit particulièrement aléatoire. Comme ce droit est l'origine même de la gestion, comme, d'autre part, les créances composant l'actif commercial sont nées de l'aliénation d'éléments du fonds ou tendent à y faire entrer des éléments nouveaux qui conserveront, en le renouvelant, l'objet de l'usufruit, il semble difficile de réserver un traitement différent à ces créances, terme intermédiaire, et aux éléments auxquels elles succèdent ou qui les remplacent. Si l'actif commercial présente une plus-value à la fin de l'usufruit grâce à la gestion de l'usufruitier, le nu-propriétaire devra simplement compte de cette amélioration dans les conditions que nous avons déterminées.

**

Après avoir constaté la solidarité qui unit, au point de vue économique, les obligations actives et passives aux autres éléments du fonds de commerce et les graves inconvénients que présente leur exclusion, particulièrement au cas d'usufruit, après avoir observé, d'autre part, que, même dans la notion juridique la plus étroite, certaines obligations, tout du moins, sont admises à faire partie de l'ensemble de biens ainsi groupés par une affectation commune, nous avons été amené à chercher comment les créan-

(1) Comp. Colin et Capitant, II, p. 720 et 721.

ces et les dettes peuvent se transmettre, au début et à la fin de la jouissance, de l'ancien propriétaire à l'usufruitier, puis au nu-propriétaire.

Les explications que nous proposons ne nous paraissent être autre chose qu'un moyen provisoire d'atteindre un résultat rendu nécessaire par les besoins pratiques, en assurant aux créanciers commerciaux, dans toute la mesure actuellement possible, le maintien de leur droit de gage sur le fonds de commerce, garantie de leur créance et aux exploitants successifs le bénéfice des contrats, instruments indispensables à l'exercice du commerce.

Elles deviendraient heureusement inutiles si l'autonomie juridique du fonds de commerce était reconnue, qui réaliserait l'affectation spéciale, également désirable, du gage commercial aux créances nées de l'exploitation.

CONCLUSION

L'étude de l'usufruit nous a permis de dégager le double trait qui caractérise le fonds de commerce : l'unité, fondée sur l'affectation à un même but de tous ses éléments constitutifs, la diversité, procédant de leur nature juridique différente ; l'une et l'autre sont apparues tour à tour.

La destination économique commune des biens groupés en vue de l'exercice du commerce autorise à présumer, chez tous ceux qui ont acquis des droits sur le fonds, l'intention de l'envisager comme un objet juridique individualisé ; seules, s'appliquent alors à chacun de ses éléments, à raison de leur nature propre, les règles positivement édictées par la loi dans l'intérêt des tiers, auxquelles même le législateur n'hésite pas à apporter des dérogations (1).

Mais la volonté individuelle demeure libre de détacher de cet ensemble certains éléments, pour en faire un objet de droits distinct ; alors, chacun d'eux retombe sous le coup des dispositions qui le régissent soit par simple interprétation de la volonté des parties, soit dans un intérêt d'ordre public, puisqu'il ne subsiste aucun motif d'en écarter l'application en présence d'une volonté clairement manifestée d'envisager ces éléments comme biens isolés.

Nous avons également pu montrer la nécessité où l'on se trouve placé, pour assurer un fonctionnement normal du fonds de commerce, de faire entrer dans sa composition

(1) Loi du 17 mars 1909, art. 8, al. 1^{er}, écartant l'application de l'art. 2076 C. Civ.

juridique tous les biens qui sont économiquement frappés de la destination commerciale.

A ce point de vue, les conceptions actuellement adoptées par la majorité de la doctrine et de la jurisprudence sont manifestement insuffisantes et conduisent fatalement à des solutions contradictoires ou même incohérentes, en ce qui concerne surtout les obligations, que personne ne parvient à écarter d'une manière absolue, et les immeubles, qui, à la faveur des règles de l'immobilisation par destination, se sont introduits dans la notion juridique du fonds de commerce.

S'il était aisé de faire ressortir les faiblesses de ces théories, il nous est apparu bien difficile d'en proposer une autre ; seuls, des textes fragmentaires s'appliquent à la valeur récemment découverte dont nous avons entrepris l'étude, et leur portée restreinte permettait presque exclusivement de recueillir les tendances du législateur moderne, sans apporter de directions positives ; quant aux décisions de la jurisprudence, rares et peu concordantes, elles ne fournissaient pas non plus un fondement bien solide à notre construction.

C'est ainsi qu'agissant dans un domaine nouveau, nous avons pensé qu'il était permis de montrer une certaine hardiesse : nous avons recouru, pour expliquer les solutions que nous apportions, à certaines idées dont l'application paraîtra peut-être critiquable ; les explications ainsi suggérées seraient-elles repoussées, ces solutions n'en paraissent pas moins répondre à des besoins auxquels une intervention législative, souvent appelée au cours de cette étude, donnera satisfaction dans une large mesure, sans cependant pouvoir résoudre toutes les questions que suscite la nature complexe du fonds de commerce. Après comme avant, l'usufruit constitué sur un pareil bien demeurera une source de difficultés et de complications qui expliquent, sans la justifier, la tendance, parfois manifestée (1) par la

(1) Cf. en particulier Cass. Req., 14 décembre 1842, D. R. v° Usufruit, n° 208, n. 2 — S. 43. 1. 22.

jurisprudence pour y couper, de prêter trop facilement à l'usufruitier et au nu-propiétaire l'intention de transformer en quasi-usufruit le droit réel de jouissance établi sur un fonds de commerce.

Le Président de la thèse,

Vu, le Doyen,

G. FERRON.

L. DUGUËT.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER,

Bordeaux, le 24 décembre 1921.

Le Recteur de l'Académie,

THAMIN.

TABLEAU DES ABRÉVIATIONS

employées dans les Notes et dans la Bibliographie

- A. D. C. — Annales de droit commercial français, étranger et international.
- A. P. I. — Annales de la propriété industrielle, littéraire et artistique.
- Adde. — Ajoutez (employé pour signaler les documents qui ne se rapportent pas directement au point envisagé au texte.)
- B. C. C. de Paris. — Bulletin de la Chambre de Commerce de Paris.
- B. S. — Bulletin de statistique et de législation comparée, publié par le ministère des Finances.
- B. S. E. L. — Bulletin de la Société d'études législatives.
- B. S. L. C. — Bulletin de la Société de législation comparée.
- Cf. — *Confer*, (reportez-vous à...).
- Comp. — Comparez.
- Contra. — En sens contraire de l'opinion indiquée au texte.
- D. — Dalloz, Recueil périodique et critique de jurisprudence, de législation et de doctrine.
- D. R. — Dalloz, Répertoire.
- D. R. P. — Dalloz, Répertoire pratique.
- D. S. — Dalloz, Supplément au répertoire.
- Dig. — Krueger et Mommsen, *Corpus juris civilis*.
- Droit. — Journal « le Droit ».
- G. T. — Gazette des Tribunaux.
- J. A. de Bordeaux. — Journal des arrêts de la cour de Bordeaux en matière civile, commerciale et correctionnelle.
- J. C. M. de Bordeaux. — Mémorial de jurisprudence commerciale et maritime de Bordeaux.

- J. C. M. du Havre. — Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre.
- J. C. M. de Marseille. — Journal de jurisprudence commerciale et maritime de Marseille.
- J. C. M. de Nantes. — Jurisprudence commerciale et maritime de Nantes.
- J. F. — Journal des faillites et des liquidations judiciaires françaises et étrangères.
- J. O... Déb. Parl. — Journal officiel... Débats parlementaires.
- J. O... Doc. Parl... — Journal officiel... Documents parlementaires.
- J. S. — Journal des sociétés civiles et commerciales.
- L. N. — Lois Nouvelles.
- P. F. — Pandectes françaises périodiques. Recueil mensuel de jurisprudence et de législation.
- P. F. R. — Rivière et Weiss, Pandectes françaises. Nouveau répertoire.
- R. A. — Fuzier-Herman, Carpentier et Frèrejoubert du Saint, Répertoire général alphabétique.
- R. C. — Revue critique de législation et de jurisprudence.
- R. de Caen et Rouen. — Recueil des arrêts des cours d'appel de Caen et de Rouen.
- R. E. P. — Revue d'économie politique.
- R. G. P. — La Gazette du Palais. Jurisprudence et législation.
- R. G. T. — Recueil de la Gazette des Tribunaux.
- R. T. — Revue trimestrielle de droit civil.
- S. — J.-B. Sirey, Recueil général des lois et des arrêts.
- S. E. L. — Société d'études législatives.
- S. L. C. — Société de législation comparée.
-

Bibliographie

N.-B. .. Seuls, sont mentionnés les ouvrages et documents cités au cours de cette étude, la complexité du sujet ne permettant pas de prétendre établir une bibliographie complète.

I. - Ouvrages ⁽¹⁾

- * AUBRY et RAU (2). — Cours de droit civil français, 5^e éd.; t. I à V par Rau, Falcaimaigre, Gault ; t. VI à XI par Bartin. Paris, Marchal et Billard. 1897-1920. 11 vol.
- * — Cours de droit civil français, 4^e éd. Paris, Cosse et Marchal. 1869-1878. 8 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — Précis de droit civil, 11^e éd. (t. II^e et III^e) et 12^e éd. (t. I). Paris, Société du recueil Sirey. 1912-1919. 3 vol.
- BAUDRY-LACANTINERIE, BARDE, BONNECARRÈRE, CHAUVÉAU, CHÉNEAUX, COLIN (M.), HOUQUES-FOURCADE, LE COURTOIS, LOYNES (DE), SAIGNAT, SURVILLE, TISSIER, WAHL. — Traité théorique et pratique de droit civil. 3^e éd. Paris, Société du recueil Sirey. 1906-1909. 33 vol.
- * BAYART (P.). — Etude de la notion du fonds de commerce. Paris, Rousseau. 1906. 1 vol. (*Thèse de Paris*).
- * BOISTEL (A.). — Précis de droit commercial, 3^e éd. Paris, Thorin. 1884. 1 vol.
- * BOUTAUD (E.) et CHABROL (P.). — Traité général des fonds de commerce et d'industrie. Paris, Rousseau. 1905 ; avec un supplément. 1910. 1 vol.

(1) Tous les ouvrages qui figurent ici précédés d'un astérisque, sont désignés dans les notes par la simple indication du nom propre de l'auteur.

(2) Sauf indication contraire, toutes les références à l'ouvrage d'Aubry et Rau se rapportent à la 5^e édition.

- * BRAVARD-VEYRIÈRES. — Traité de droit commercial complété par DEMANGEAT (C.). 2^e éd. Paris, Chevalier-Marescq. 1888-1892. 6 vol.
- * CATALAN (Paul). — De la condition juridique des fonds de commerce. Paris, Société du recueil général des lois et arrêts. 1899. 1 vol. (*Thèse de Montpellier.*)
- * CAURROY (A.-M. DU), BONNIER (E.) et ROUSTAIN J.-B.-P.). — Commentaire théorique et pratique du Code Civil jusqu'à l'article 892. Paris, Thorel. 1851. 2 vol.
- * CENDRIER (G.). — Le fonds de commerce. Paris, Dalloz. 1919. 1 vol.
- * COLIN (A.) et CAPITANT (H.). — Cours élémentaire de droit civil français, 2^e éd. Paris, Dalloz. 1919-1921. 3 vol.
- * COLSON (C.). — Cours d'économie politique. Paris, Gauthier-Villars et Alcan. 1915-1918. 3 vol.
- * CROUZET (M.). — La situation d'un fonds de commerce échu à un mineur. Paris, Rousseau, 1906. 1 vol. (*Thèse de Paris.*)
- DALLOZ. — Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris, Bureau de la Jurisprudence générale. 1846-1864. 44 vol.
- Supplément au répertoire. Paris, Bureau de la Jurisprudence générale. 1887-1897. 19 vol.
- Répertoire pratique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Paris, Bureau de la Jurisprudence générale. 1910 à 1921. 8 vol. parus.
- * DEMANTE (A.-M.) et COLMET DE SANTERRE. — Cours analytique de Code Civil. Paris, Plon. 1849-1884. 9 vol.
- * DEMOLOMBE (C.). — Cours de Code Napoléon. Paris, Durand et Hachette. 1867-1882. 31 vol.
- * DUMOUCHEL (A.). — Etude juridique de la clientèle des fonds de commerce et des professions libérales. Paris, Larose et Tenin. 1907. 1 vol. (*Thèse de Paris.*)
- * DURANTON (M.). — Cours de droit français suivant le Code Civil, 3^e éd. Paris, Alex. Gobelet. 1834-1837. 21 vol.
- * DUVIGNAU (F.). — Le Régime fiscal des ventes de fonds de commerce et d'industrie. Bordeaux, Cadoret. 1912. 1 vol. (*Thèse de Bordeaux.*)
- * FALK. — Les privilèges de librairie sous l'ancien régime. Paris, Rousseau. 1906. 1 vol. (*Thèse de Paris.*)
- * FIALON (L.). — Du nantissement de fonds de commerce. Bordeaux, Cadoret. 1909. 1 vol. (*Thèse de Bordeaux.*)
- FUZIER-HERMAN, CARPENTIER et FRÈREJOUAN DU SAINT. — Répertoire général alphabétique du droit français. Paris, Société du recueil des lois et arrêts. 1886-1906. 37 vol.
- * GAUDEMET (E.). — Etude sur le transport de dettes à titre particulier. Paris, Rousseau. 1898. 1 vol. (*Thèse de Dijon.*)

- * GAZIN (H.). — Essai critique sur la notion de patrimoine dans la doctrine classique. Paris, Rousseau. 1910. 1 vol. (*Thèse de Dijon.*)
- * GÉNY (F.). — Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif, 2^e éd. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1919. 2 vol.
- * GIDE (C.). — Cours d'économie politique, 5^e éd. (t. II) et 6^e éd. (t. I). Paris, Société du recueil Sirey. 1920. 2 vol.
- GIRARD (P.-F.). — Textes de droit romain (publiés et annotés par), 4^e éd. Paris, Rousseau. 1913. 1 vol.
- * GOMBEAUX (Ed.). — La Notion juridique du fonds de commerce. Paris, Rousseau. 1901. 1 vol. (*Thèse de Caen.*)
- * GUIBAL (P.). — La femme mariée commerçante. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1920. 1 vol. (*Thèse de Montpellier.*)
- GUILLOUARD (L.). — Commentaires du Code Civil. Paris, Pedone. 1884-1901. 19 vol.
- * GUYON (P.). — La femme mariée commerçante sous le régime de la loi du 13 juillet 1907. Paris, Rousseau. 1910. 1 vol. (*Thèse de Paris.*)
- * GUYOT (P.). — L'activité économique de la femme mariée et ses conséquences juridiques. Paris, Rousseau. 1910. 1 vol. (*Thèse de Dijon.*)
- * HANUS (André). — Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit. Nancy, Colin. 1920. 1 vol. (*Thèse de Nancy.*)
- * HARTMANN. — Introduction historique au traité des fonds de commerce par Lèbre. (*Cf. Lèbre.*)
- * HENRY (A.). — De la subrogation réelle conventionnelle et légale. Paris, Rousseau. 1913. 1 vol. (*Thèse de Nancy.*)
- HUC (Th.). — Commentaire théorique et pratique du Code Civil. Paris, Pichon. 1892-1903. 15 vol.
— Traité théorique et pratique de la cession et de la transmission des créances. Paris, Pichon. 1891. 2 vol.
- * ISAMBERT, TAILLANDIER et DECRUSY. — Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789. Paris, Belin-Leprieux. 1822-1833. 29 vol.
- KRUEGER et MOMMSEN. — *Corpus juris civilis* (publié par) — *Institutiones et digesta, Ed. tertia decima*. Berlin, Weidmanns. 1920. 1 vol.
- * LACOUR (L.). — Précis de droit commercial, 2^e éd. avec le concours de Bouteron (J.). Paris, Dalloz. 1921. 2 vol.
- * LALOU (H.). — Droits de la femme mariée sur les produits de son travail et les produits du travail de son mari depuis la loi du 13 juillet 1907. Paris, Rousseau. 1909. 1 vol.

- * LAROMBIÈRE (L.). — Théorie et pratique des obligations ou commentaire des titres III et IV, livré III du Code Civil. Paris. Pedone-Lauriel. 1885. 7 vol.
- * LAURENT (F.). — Principes de droit civil. Bruxelles, Bruylant-Christophe, et Paris, Durand et Pedone, Lauriel et Maresq. 1869-1878. 33 vol.
- * LAVALETTE-SIMON (M.). — L'immobilisation des fonds de commerce et la loi de 1909. Paris, Ficker. 1913. 1 vol. (*Thèse de Paris*.)
- * LÈBRE (G.). — Traité théorique et pratique des fonds de commerce. Paris, Chevalier-Maresq. 1887. 1 vol.
- * LEROY-BEAULIEU (P.). — Traité théorique et pratique d'économie politique, Paris, Guillaumin. 1896. 4 vol. et tables.
- * LESSEPS (B. DE). — Les droits de la femme mariée sur ses gains et salaires en France et à l'étranger. Paris, Rousseau. 1910. 1 vol. (*Thèse de Paris*.)
- * LESUR (R.). — Du nantissement des fonds de commerce. Paris, Rousseau. 1901. 1 vol. (*Thèse de Paris*.)
- * LORDEREAU (H.). — Vente et nantissement des fonds de commerce. Paris, Rousseau. 1900. 1 vol. (*Thèse de Paris*.)
- LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — Manuel de droit commercial, 11^e éd. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1913. 1 vol.
- * LYON-CAEN (Ch.) et RENAULT (L.). — Traité de Droit commercial, 4^e éd. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1906-1916. 8 vol.
- * MACAIRE (P.). — Les garanties du vendeur de fonds de commerce. Caen. 1911. 1 vol. (*Thèse de Caen*.)
- * MAGNIER (J.-B.) et PRUVOST (O.). — Du nantissement constitué sur les fonds de commerce. Paris. Chevalier-Maresq. 1895. 1 vol.
- * MARCADÉ (V.) et PONT. — Explication théorique et pratique du Code Napoléon. Paris, Delamotte. 1868-1880. 13 vol.
- * MARGAT (R.). — La femme mariée commerçante et le régime du libre salaire. Montpellier, Coulet et Paris, Masson. 1913. 1 vol.
- * MARTIN (A.). — Des garanties du vendeur non payé d'un fonds de commerce. Riom, Fonfrand. 1917. 1 vol. (*Thèse de Poitiers*.)
- MERLIN. — Répertoire universel et raisonné de jurisprudence, 5^e éd. Paris, Garnery-Roret. 1827-1828. 18 vol.
- * MONTIER (F.) et FAUCON G.-H.). — De la vente et du nantissement des fonds de commerce, 3^e éd. Paris, Rousseau. 1914. 1 vol.
- * MORIN (Pierre). — Les Droits de la femme mariée sur les produits de son travail. Paris, Rousseau. 1908. 1 vol. (*Thèse de Caen*.)

- * MOUCHET (J.). — De la nature juridique du fonds de commerce et de son nantissement. Paris, Rousseau. 1910. 1 vol. (*Thèse de Paris*).
- * MOURLON (F.). — Répétitions écrites sur le premier examen de Code Napoléon, 8^e éd. revue par Demangeat (Ch.). Paris, Mareseq. 1869-1870. 3 vol.
- * NANTET (E.). — Des fonds de commerce. Leur mise en gage. Leur vente. Laval, Barnéoud. 1899. 1 vol. (*Thèse de Paris*).
- * OLIVIER (G.). — Des cessions volontaires et à titre onéreux de fonds de commerce. Dijon, Barbier-Marillier. 1899. 1 vol. (*Thèse de Dijon*).
- * PALMADE (M.). — La propriété littéraire et artistique et les régimes matrimoniaux. Bordeaux, Cadoret. 1909. 1 vol. (*Thèse de Bordeaux*).
- * PAPADAT (V.-A.). — De la concurrence déloyale. Paris, Bonvalot-Jouve. 1907. 1 vol. (*Thèse de Paris*).
- * PÉLISSIER (A.). — Des conditions de validité d'une vente de fonds de commerce et du rôle de l'intermédiaire dans cette vente. Paris, Larose. 1898. 1 vol. (*Thèse de Paris*).
- * PERCEAU (René). — Le libre salaire de la femme mariée et la contribution des époux aux soins du ménage. Paris, Bonvalot-Jouve. 1908. (*Thèse de Paris*).
- * PERREAU (C.). — Cours d'économie politique. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1914-1916. 2 vol.
- * PEYRIÈRE (G.). — Du nantissement des fonds de commerce et des modifications apportées par la loi du 17 mars 1909. Albi, Imprimerie Nouvelle. 1910. 1 vol. (*Thèse de Toulouse*).
- * PLANIOL (M.). — Traité élémentaire de droit civil, 8^e éd. Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence. 1920-1921. 3 vol.
- * PLASTARA (G.). — La notion juridique du patrimoine. Paris, Rousseau. 1903. 1 vol. (*Thèse de Paris*).
- POTHIER. — Œuvres complètes, nouv. éd. Paris, Thomine et Fortie. 1821-1824. 26 vol.
- POUILLET (E.). — Traité théorique et pratique des brevets d'invention et de la contrefaçon, 4^e éd. Paris, Marchal et Billard. 1899. 1 vol.
- Traité théorique et pratique des dessins et modèles, 5^e éd. Paris, Marchal et Godde. 1911. 1 vol.
- Traité théorique et pratique des marques de fabrique et de la concurrence déloyale en tous genres, 6^e éd. Paris, Marchal et Godde. 1912. 1 vol.
- Traité théorique et pratique de la propriété littéraire et artistique et du droit de représentation, 3^e éd. Paris, Marchal et Billard. 1903. 1 vol.

- * PROUDHON. — Traité des droits d'usufruit, d'usage personnel et d'habitation, 2^e éd. Dijon, Lagier. 1836. 5 vol.
- * PUYBONNIEUX (P.). — De la copropriété des brevets d'invention. Paris, Librairie du recueil Sirey. 1908. 1 vol. (*Thèse de Paris.*)
- RIVIÈRE et WEISS. — Pandectes françaises. Nouveau répertoire de doctrine, de législation et de jurisprudence (publié sous la direction de) — Paris, Chevalier-Marescq-Plon (t. I à XLIX) et Librairie générale de droit et de jurisprudence (t. L à LIX), 1886 à 1905. 59 vol.
- * RODIÈRE (A.) et PONT (P.). — Traité du contrat de mariage, 2^e éd. Paris, Delamotte. 1868-1869. 3 vol.
- * ROSSY (G.-E.). — Des cessions de portefeuilles et des réassurances générales. Paris, Rousseau. 1898. 1 vol. (*Thèse de Paris.*)
- * RUBÉN DE COUDER. — Dictionnaire de droit commercial, industriel et maritime. Paris, Marescq (t. I et II) et Garnier et Marescq (t. III à VI) 1877-1881. 6 vol.
- SALEILLES (R.). — De la personnalité juridique. Paris, Rousseau. 1910. 1 vol.
 - Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de code civil pour l'Empire Allemand, 2^e éd. Paris, Pichon. 1901. 1 vol.
- * SIMON (P.-C.). — Le fonds de commerce. Paris, Rousseau. 1898. 1 vol. (*Thèse de Paris.*)
- THALLER (Ed.). — Traité élémentaire de droit commercial, 5^e éd. avec le concours de J. Percerou. Paris, Rousseau. 1916. 1 vol.
 - Traité général théorique et pratique de droit commercial. Des faillites et des liquidations judiciaires, par J. PERCE ROU. Paris, Rousseau. 1907-1913. 2 vol.
- * THIBAUT (E.). — De la vente et du nantissement des fonds de commerce. Commentaire théorique et pratique des lois du 17 mars et du 1^{er} avril 1909. Paris, Librairie du recueil Sirey. 1911. 1 vol.
- * TOUTON (A.). — Des sûretés réelles sur les fonds de commerce. Bordeaux, Imprimerie de l'Université. 1912. 1 vol. (*Thèse de Bordeaux.*)
- * TRASBOT (A.). — L'acte d'administration en droit privé français. Paris, Librairie du recueil Sirey. 1921. 1 vol. (*Thèse de Bordeaux.*)
- TROPLONG. — Le droit civil expliqué suivant l'ordre des articles du Code, 2^e éd. Paris, Hingray. 1843-1857. 27 vol.
- VALÉRY (J.). — Des contrats par correspondance. Paris, Thorin. 1895. 1 vol.
- * VIZIOZ (H.). — La Notion de quasi-contrat. Etude historique et critique. Bordeaux, Cadoret. 1912. 1 vol. (*Thèse de Bordeaux.*)

- * WAHL (A.). — Précis théorique et pratique de droit commercial. Paris, Société du recueil Sirey. 1921. 1 fasc. paru.
 - * ZACHARLÆ (K.-S.). — Cours de droit civil français, traduit de l'allemand par Aubry et Rau, 2^e éd. (t. I à IV) ; 1^{re} éd. (t. V ; 3^e éd. (t. VI). Strasbourg, Lagier. 1843-1857. 6 vol.
 - * — Le droit civil français, traduit de l'allemand par Massé et Vergé. Paris, Durand. 1854-1860. 5 vol.
-

II. - Articles, Notes et Rapports ⁽¹⁾

- BERNARD (M.) et BONNECASE (J.). — La femme mariée commerçante d'après la loi du 13 juillet 1907. R. T. 1910, p. 5.
- BINET (Pierre). — Note sous Cass. Req., 25 octobre 1909, D. 10. 1. 257. Droits de la communauté sur la plus-value du fonds de commerce propre à l'un des époux.
- BOISTEL (A.). — Exposé des motifs du projet de loi sur les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée sur les produits de son travail. B. S. E. L. 1901-1902, p. 457.
- BOSVIEUX. — Apports en société de fonds de commerce. Application de la loi du 17 mars 1909. J. S. 1910, p. 435.
- BOUTAUD (E.). — Note sous Cass. Civ., 23 mai 1905, D. 06. 1. 369. Répartition entre les époux des bénéfices du fonds de commerce commun dont l'exploitation a été continuée après dissolution de la communauté.
- BOUVIER-BANGILLON (A.). — Loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. L. N. 1909, I. p. 337.
- De l'apport en société d'un fonds de commerce. A. D. C. 1909, p. 449.
- CAPITANT (H.). — Note sous Cass. Civ., 16 juillet 1902, D. 03. 1. 401. Nature et effets de l'obligation résultant pour le mari des engagements contractés avec son autorisation par la femme commune en biens.

(1) Les renvois à des articles, notes ou rapports portent seulement l'indication du recueil où ils ont été publiés, précédée du nom propre de l'auteur.

- CHÉRON (ALBERT). — Note sous Cass. Civ., 1^{er} avril 1914, D. 19. 1. 410.
Explication de l'obligation du mari qui a autorisé la femme commune en biens à contracter.
- COIRRE. — Rapport sur le nantissement des fonds de commerce présenté à la Chambre de Commerce de Paris, adopté et converti en délibération. B. C. C. de Paris. 1904, p. 213.
- DEMOGUE (R.). — Essai d'une théorie générale de la subrogation réelle. R. C. 1901, p. 236, 295 et 346.
- FAUCHILLE (P.). — Note sous Cass. Req., 13 mars 1888, A. D. C. 1888, I, p. 171. Détermination de la nature du fonds de commerce par la recherche de l'élément essentiel dans chaque cas envisagé.
- FERRON (G.). — Note sous Civ. Bordeaux, 14 décembre 1903, S. 05. 2. 17. Théorie de l'abus du droit.
- FEUILLOLEY. — Note sous Cass. Req., 22 avril 1913, D. 13. 1. 225. Droits du créancier nanti au cas d'aliénation séparée d'éléments du fonds de commerce.
- GAUDEMET (E.). — Jurisprudence française. R. T. 1910, p. 161, n° 11. Communauté entre époux. Conséquences de l'augmentation de valeur d'un propre. Notion juridique de la plus-value.
- Jurisprudence française. R. T. 1910, p. 812, n° 6. Communauté conjugale. Faillite de la femme. Concordat. Droits des créanciers concordataires sur les biens de la communauté et sur les biens du mari.
- Note de bibliographie : De la condition juridique des fonds de commerce, par Paul Catalan. A. D. C. 1900, p. 318.
- GOMBEAUX (E.). — La législation des fonds de commerce et les projets de réforme. A. D. C. 1913, p. 135.
- GUILLOUARD (L.). — De la sous-location et de la cession de bail. R. C. 1882, p. 178.
- LABBÉ (J.-E.). — Note sous Douai, 19 novembre 1879, S. 82. 2. 1. Cession de portefeuille d'assurances.
- Note sous Cass. Req., 14 mars 1877, S. 78. 1. 5. Droits de l'usufruitier de parts d'intérêt ou d'actions.
- Note sous Paris, 29 février 1876, S. 76. 2. 329. Rapports du bailleur et des cessionnaires successifs d'un bail.
- Des privilèges spéciaux sur les créances. R. C. 1876, p. 571 et 665.
- Note sous Grenoble, 17 juillet 1868, S. 69. 2. 9. Droit de l'usufruitier de toucher le capital des créances.
- LALOU (H.). — Note sous Cass. Civ., 20 avril et Req., 1^{er} juillet 1920, D. 20. 1. 109. Droit reconnu à l'employé démobilisé d'obtenir du cessionnaire de l'entreprise sa réintégration.

- LALOU (H.). — Note sous Comm. Seine, 25 mars 1919... Com. Chartres, 6 juin 1919... D. 19. 2. 25. Domaine d'application de la loi du 22 novembre 1918.
- Note sous Civ. Abbeville, 21 juin 1910... Douai, 1^{er} avril 1912... D. 13. 2. 17. Obligation du mari commun en biens aux dettes commerciales de la femme et loi du 13 juillet 1907.
- LANDRY (A.). Le problème du profit. R. E. P. 1908, p. 241.
- LEMOUËTTE (E.). — Rapport présenté à la Chambre syndicale des grains, graines et farines de Paris sur le projet de réforme de la loi sur le nantissement des fonds de commerce. B. S. E. L. 1903, p. 300.
- LESPINASSE (H.). — Immobilisation par destination des meubles servant à l'exploitation d'un hôtel garni. G. T. 24 septembre 1884. Année 1884, 2^e sem., p. 932.
- LYON-CAEN (CH.). — Note sous Cass. Req., 3 février 1909, S. 09. 1. 481. Perpétuité du droit au nom commercial transmis avec le fonds à l'acquéreur.
- Note sous Cass. Req., 19 juin 1882, S. 83. 1. 17. L'apport d'un brevet à une société constitue une cession.
- Note sous Cass. Req., 31 juillet 1879, S. 80. 1. 409. Immobilisation du matériel par destination.
- Note sous Cass. Civ., 30 janvier 1878, S. 78. 1. 289. Protection du nom commercial contre les homonymes.
- MAGNIN (P.). — Essai sur le nantissement des fonds de commerce et les résultats de la loi du 1^{er} mars 1898. A. D. C. 1899, p. 384 et 469 — A. D. C. 1900, p. 28.
- MESNARD (E.). — Loi du 13 juillet 1907. Questions relatives au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage. L. N. 1911, p. 297.
- MEYNIAL (Ed.). — Note sous Paris, 20 février 1891, S. 93. 2. 161. La femme autorisée du mari oblige-t-elle la communauté de son chef ?
- NAQUET (E.). — Note sous Cass. Civ., 3 juillet 1917, S. 21. 1. 201. Nullité des sociétés entre époux.
- Note sous Cass. Req., 20 décembre 1910. S. 12. 1. 305. Domaine de la gestion d'affaires.
- Note sous Cass. Req., 25 octobre 1909, S. 11. 1. 361. Droits de la communauté sur la plus-value du fonds de commerce propre à l'un des époux.
- Note sous Aix, 20 décembre 1888, S. 90. 2. 25. Conditions de formation et effets du quasi-contrat de gestion d'affaires.
- OUUDINOT (M.). — De la transmission de la firme en droit allemand comparée à la cession du nom commercial en droit français. A. D. C. 1912, p. 259 et 359.

- PERCEROU (J.). — Note sous Rouen, 14 novembre 1908, D. 11. 2. 313. Droits du créancier nanti au cas d'aliénation séparée d'éléments du fonds de commerce.
- Note sous Dijon, 30 mars 1908, D. 09. 2. 153. Concours sur le matériel immobilisé du créancier nanti et du créancier hypothécaire.
- Rapport présenté au nom de la commission chargée de la préparation d'un projet de loi sur le nantissement des fonds de commerce. B. S. E. L., 1903, p. 218.
- PICHON (A.). — Du libre salaire de la femme mariée et de la contribution des époux aux charges du ménage. R. C. 1908, p. 17, 92, 213, 294 et 404.
- PLANIOU (M.). — Note sous Cass. Req., 20 décembre 1910, D. 11. 1. 377. Conditions de formation du quasi-contrat de gestion d'affaires.
- Note sous Cass. Civ., 29 avril 1901, D. 02. 1. 33. Théorie de la subrogation réelle.
- Note sous Paris, 4 août 1896, D. 97. 2. 476. Effets de la cession du fonds de commerce sur les contrats de louage de services.
- Note sous Paris, 21 février 1893, D. 93. 2. 465. Répartition des bénéfices réalisés et de la plus-value acquise par le fonds de commerce commun entre la dissolution et la liquidation de la communauté.
- Note sous Cass. Req., 16 juillet 1890, D. 91. 1. 49. Gestion d'affaires et obligations nées de l'enrichissement sans cause.
- RIPERT (G.). — L'exercice des droits et la responsabilité civile. R. C. 1906, p. 352.
- ROBERT (C.). — Note sous Paris, 23 mars 1900, D. 01. 2. 97. Difficultés soulevées par la loi du 1^{er} mars 1898. Nature juridique du fonds de commerce.
- SALEILLES (R.). — Le principe du libre salaire de la femme mariée érigé en règle d'ordre public. B. S. E. L. 1907, p. 563.
- De l'abus du droit. B. S. E. L. 1905, p. 325.
- Projet d'une loi relative aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux produits de son travail. B. S. E. L. 1901-1902, p. 205.
- Un nouveau livre sur la cession de dettes. A. D. C. 1899, p. 82.
- Étude sur l'histoire des sociétés en commandite. A. D. C. 1895, II, p. 10 et 49 — A. D. C. 1897, p. 29.
- Note sous Dijon, 30 juin 1893, S. 94. 2. 485. Subrogation réelle.
- De la cession de dettes. A. D. C. 1890, II, p. 1.

SOURDOIS (J.). — Les droits de la femme mariée sur les produits de son travail. R. T. 1907, p. 555.

THALLER (Ed.) — Etude sur le registre du commerce en Allemagne et en Suisse. B. S. L. C. 1901-1902, p. 92.

— Si les bénéfices du commerce sont ou ne sont pas des fruits. A. D. C. 1896, p. 194.

— Sur la continuation d'un fonds de commerce par un héritier mineur. A. D. C. 1894, II, p. 241.

— Chronique de jurisprudence. France. 1888. 2. Les biens au commerce. A. D. C. 1889, II, p. 221.

TISSIER (A.). — Note sous Cass. Civ., 23 mai 1905, S. 06. 1. 177. Répartition des bénéfices réalisés dans l'exploitation du fonds de commerce commun entre la dissolution et la liquidation de la communauté.

— Des modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie. Rapport à la S. E. L. — B. S. E. L. 1901-1902, p. 25.

VALÉRY (J.). — Les femmes commerçantes et la loi du 13 juillet 1907 relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage. A. D. C. 1907, p. 396.

— Note sous Lyon, 17 février 1900, D. 03. 2. 249. Immobilisation du matériel par destination.

— Maison de commerce et fonds de commerce. A. D. C. 1902, p. 209 et 269

WAHL (A.). — Note sous Cass. Req., 20 janvier 1913, S. 20. 1. 33. Le matériel immobilisé peut-il être compris dans le nantissement du fonds de commerce ?

— La législation civile de la guerre du 1^{er} janvier au 30 juin 1918. XVII, Contrat de travail — c) Reprise des mobilisés. R. T. 1918, p. 632.

— Note sous Aix, 12 février 1912, S. 13. 2. 281. Conflit de l'hypothèque et du gage sur le matériel immobilisé.

— Note sous Pau, 6 novembre 1911, S. 13. 2. 193. L'immeuble commercial ne peut pas être compris dans le nantissement du fonds.

— De l'application aux apports sociaux de la loi du 17 mars 1909 sur les fonds de commerce. J. S. 1909, p. 241 et 289.

— Note sous Paris, 14 mars 1900, S. 01. 2. 153. La loi du 1^{er} mars 1898 a-t-elle soumis le nantissement du fonds de commerce à une formalité unique.

- WAHL (A.). — Note sous Paris, 26 février 1895, S. 97. 2. 89. Nature juridique du fonds de commerce et formes du nantissement.
— Note sous Cass. Civ., 26 février 1894, S. 95. 1. 402. Nature juridique du fonds de commerce.
-

CHAMBRE DE COMMERCE DE LILLE. — Rapport relatif au nantissement des fonds de commerce converti en délibération le 28 avril 1899. B. S. E. L. 1903, p. 321.

SOCIÉTÉ D'ETUDES LÉGISLATIVES. — Séances :

Discussion sur les modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie. B. S. E. L. 1901-1902, p. 25 et 105.

Discussion sur le projet de réforme de la loi sur le nantissement des fonds de commerce. B. S. E. L. 1903, p. 269 et 357.

SOCIÉTÉ DE LÉGISLATION COMPARÉE. — Séances :

Discussion sur la communication de M. Thaller sur le registre du commerce. B. S. L. C. 1901-1902, p. 135 et 269.

III. - Documents parlementaires

- BERRY (G.). — Proposition de loi tendant à garantir la propriété commerciale. J. O. 1912, Doc. Parl., Chambre, ann. 2222, p. 21 (Session extr.).
- BUREAU (G.). — Proposition de loi ayant pour objet d'étendre à l'achalandage la reconnaissance de la propriété commerciale. J. O. 1914, Doc. Parl., Chambre, ann. 3880, p. 1823.
- Rapport sur la proposition de loi de M. Marc Réville ayant pour objet de modifier l'article 3 de la loi du 17 mars 1909. J. O. 1912, Doc. Parl., Chambre, ann. 2064, p. 1430.

CORDELET. — Proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. J. O. 1905, Doc. Parl., Sénat, ann. 73, p. 151.

— Rapport sur la proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. J. O. 1907, Doc. Parl., Sénat, ann. 14, p. 5.

DELONCLE (CH.) et DESPLAS (G.). — Proposition de loi tendant à garantir la propriété du fonds de commerce ou d'industrie. J. O. 1913, Doc. Parl., Chambre, ann. 2656, p. 819.

FAILLIOT. — Proposition de loi tendant à instituer et à garantir la propriété commerciale et professionnelle. J. O. 1915, Doc. Parl., Chambre, ann. 881, p. 464.

FLEURY-RAVARIN. — Rapport sur la proposition de loi adoptée par le Sénat concernant la vente et le nantissement des fonds de commerce. J. O. 1921, Doc. Parl., Chambre, ann. 2832. — et Paris, Imprimerie de la Chambre des députés. 1921. 1 brochure (1).

GHEUSI. — Proposition de loi ayant pour objet de compléter les dispositions de la loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce. J. O. 1920, Doc. Parl., Chambre, ann. 1926, p. 591. (Session extr.)

GOURJU. — Proposition de loi relative au libre salaire de la femme mariée. J. O. 1906, Doc. Parl., Sénat, ann. 304, p. 740.

GROSJEAN (G.). — Proposition de loi ayant pour objet la protection des gains et salaires de la femme mariée. J. O. 1905, Doc. Parl., Chambre, ann. 2280, p. 441.

GUILLIER. — Rapport sur les propositions de loi relatives à la protection et au libre salaire de la femme mariée. J. O. 1907, Doc. Parl., Sénat, ann. 77, p. 54.

LAUCHE. — Proposition de loi portant protection de la propriété commerciale. J. O. 1914, Doc. Parl., Chambre, ann. 55, p. 1846.

LEVASSEUR (A.). — Rapport sur les propositions de loi sur la propriété commerciale. J. O. 1918, Doc. Parl., Chambre, ann. 5100, p. 1652.

— Premier rapport supplémentaire. J. O. 1919, Doc. Parl., Chambre, ann. 5772, p. 899.

— Deuxième rapport supplémentaire. J. O. 1919, Doc. Parl., Chambre, ann. 5813, p. 935.

(1) Les renvois à la proposition de loi et au rapport se réfèrent à cette brochure.

MORAND. — Rapport sur la proposition de loi adoptée par la Chambre des députés portant protection de la propriété commerciale. J. O. 1920, Doc. Parl., Sénat, ann. 262, p. 251.

— Rapport supplémentaire. J. O. 1920, Doc. Parl., Sénat, ann. 525, p. 997.

RÉVILLE (M.). — Rapport sur la proposition de loi adoptée par le Sénat ayant pour objet de modifier et compléter la loi du 17 mars 1909 relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce. J. O. 1919, Doc. Parl., Chambre, ann. 6682, p. 2383.

RIBEYRE (P.). — Rapport sur les propositions de loi sur les marques de fabrique et de commerce, les marques collectives, la protection des produits d'origine française. J. O. 1917, Doc. Parl., Chambre, ann. 3135, p. 530.

THÉZARD (L.). — Rapport sur le projet de loi concernant les caisses de retraite, de secours et de prévoyance fondées au profit des employés et ouvriers. J. O. 1893, Doc. Parl., Sénat, ann. 36, p. 43.

DÉBATS PARLEMENTAIRES :

Discussion de la proposition de loi portant protection de la propriété commerciale. J. O. 1920, Déb. Parl., Sénat, p. 1770, 1785 et 1969.

Discussion de la proposition de loi concernant la protection de la propriété commerciale. J. O. 1919, Déb. Parl., Chambre, p. 809, 849, 881, 949, 1088, 1123 et 1151.

Discussion de la proposition de loi relative à la vente et au nantissement des fonds de commerce (1^{re} délibération). J. O. 1907, Déb. Parl., Sénat, p. 632, 644 et 658.

Table des Matières

INTRODUCTION	7
PREMIERE PARTIE. — OBJET DE L'USUFRUIT : LE FONDS DE COMMERCE	19
CHAPITRE PREMIER. — <i>La notion de fonds de commerce</i>	22
<i>Section I.</i> — Achalandage et clientèle.....	23
§ I. L'achalandage	24
§ II. La clientèle	28
<i>Section II.</i> — Formation de la notion et détermination des éléments du fonds de commerce.....	34
§ I. Importance économique des rapports commerciaux	35
§ II. Importance juridique des rapports commerciaux	
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Les éléments du fonds de commerce</i>	42
<i>Section I.</i> — Les marchandises.....	43
§ I. Détermination de la condition juridique de l'« élément marchandises » par sa fonction économique... ..	43
§ II. Condition juridique de l'« élément marchandises » en droit positif.....	48
<i>Section II.</i> — Le matériel.....	54
§ I. Condition juridique de l'« élément matériel ».....	54
§ II. Distinction du matériel et des marchandises.....	56
§ III. Immobilisation du matériel.....	58
<i>Section III.</i> — Les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique.....	69
§ I. L'enseigne et le nom commercial.....	69
§ II. Les monopoles d'exploitation.....	72
<i>Section IV.</i> — Les livres de commerce et la correspondance.....	78
<i>Section V.</i> — Le droit à l'immeuble commercial.....	82
§ I. L'immeuble commercial, élément du fonds.....	83
§ II. Le droit au bail.....	92
<i>Section VI.</i> — Les obligations.....	95
§ I. Critique de la théorie excluant les obligations du fonds de commerce.....	96
1) Inconvénients pratiques	97
2) Exceptions au principe de l'exclusion des obligations	103
3) Exclusion des obligations et subrogation réelle.....	115

§ II. Critique de la théorie du fonds de commerce, patrimoine autonome.....	120
1) Avantages de cette conception.....	120
2) Incompatibilité de cette conception avec la législation actuelle	124
§ III. Solution proposée : incorporation des obligations au fonds de commerce dépourvu d'indépendance juridique	125
1) Essai d'une explication du transfert, avec le fonds, des créances et des dettes.....	126
2) L'incorporation des obligations au fonds de commerce et la loi du 17 mars 1909.....	130
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>Nature juridique du fonds de commerce.</i>	135
<i>Section I.</i> — Impossibilité de déterminer la nature du fonds de commerce par l'attribution systématique de la prépondérance à certains éléments.....	135
<i>Section II.</i> — Recherche de la nature du fonds de commerce par l'examen de sa composition et de la condition juridique de ses éléments.....	143
DEUXIÈME PARTIE. — OUVERTURE DE L'USUFRUIT.....	149
CHAPITRE PREMIER. — <i>Modes d'établissement de l'usufruit d'un fonds de commerce.</i>	150
<i>Section I.</i> — Cas d'usufruit conventionnel.....	150
<i>Section II.</i> — Cas d'usufruit légal.....	154
CHAPITRE DEUXIÈME — <i>Entrée en jouissance de l'usufruitier.</i>	160
<i>Section I.</i> — Délivrance du fonds de commerce.....	160
<i>Section II.</i> — Obligations imposées à l'usufruitier avant son entrée en jouissance pour la sauvegarde des droits du nu-propriétaire	163
§ I. Inventaire.....	163
§ II. Caution	166
<i>Section III.</i> — Formalités imposées à l'usufruitier pour rendre son droit opposable aux tiers.....	169
§ I. Mesures s'appliquant au fonds de commerce envisagé dans son ensemble.....	169
§ II. Mesures s'appliquant à des éléments individuellement déterminés.....	173

TROISIEME PARTIE. — EXERCICE DU DROIT D'USUFRUIT.....	181
CHAPITRE PREMIER. — <i>Modes de jouissance ouverts à l'usufruitier qui n'exploite pas lui-même</i>	184
<i>Section I.</i> — Vente du fonds de commerce.....	184
<i>Section II.</i> — Location du fonds de commerce.....	187
<i>Section III.</i> — Cession du droit d'usufruit.....	192
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Exploitation du fonds de commerce par l'usufruitier. — Sort des bénéfices</i>	194
<i>Section I.</i> — Nature du bénéfice.....	194
§ I. Analyse du bénéfice.....	195
§ II. Possibilité pratique de la séparation en deux parts du bénéfice.....	201
<i>Section II.</i> — Attribution des bénéfices.....	204
<i>Section III.</i> — Acquisition des bénéfices.....	211
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>Exploitation du fonds de commerce par l'usufruitier (suite). — Exercice de la jouissance des divers éléments</i>	215
<i>Section I.</i> — Les marchandises.....	215
§ I. Droit d'aliénation de l'usufruitier.....	215
§ II. Obligation d'entretenir le stock.....	219
<i>Section II.</i> — Le matériel.....	222
§ I. Obligation d'entretien.....	223
§ II. Amortissement.....	225
§ III. Droits de l'usufruitier.....	226
<i>Section III.</i> — Les droits de propriété industrielle, littéraire et artistique	228
§ I. L'enseigne et le nom commercial.....	228
§ II. Les monopoles d'exploitation.....	234
<i>Section IV.</i> — Les livres de commerce et la correspondance.....	237
<i>Section V.</i> — Le droit à l'immeuble commercial.....	239
§ I. Usufruit de l'immeuble, élément du fonds de commerce	239
§ II. Usufruit du droit au bail.....	248
<i>Section VI.</i> — Les obligations.....	252
§ I. Essai d'une explication du transfert des obligations commerciales à l'ouverture de l'usufruit.....	254
§ II. Effets du transfert des obligations.....	256
1) Créances	257
2) Dettes	260

CHAPITRE QUATRIÈME — <i>Exploitation du fonds de commerce par l'usufruitier (suite). — Obligations contractées par l'usufruitier dans l'exercice de son droit.</i>	266
<i>Section I. — Nécessité pour l'usufruitier de contracter des obligations</i>	267
<i>Section II. — Effets des engagements contractés par l'usufruitier</i>	269
<i>Section III. — Sûretés réelles offertes aux créanciers par l'usufruitier</i>	271
APPENDICE. — <i>Effets, à l'égard du mari usufruitier du fonds de commerce, des engagements contractés par la femme nu-propriétaire qui en assure l'exploitation.</i>	279
QUATRIÈME PARTIE. — FIN DE L'USUFRUIT.....	288
CHAPITRE PREMIER. — <i>Causes d'extinction de l'usufruit.</i>	289
CHAPITRE DEUXIÈME. — <i>Restitution du fonds de commerce.</i>	295
<i>Section I. — Objet normal de la restitution.</i>	295
<i>Section II. — Détérioration du fonds de commerce.</i>	300
<i>Section III. — Réparations et améliorations.</i>	301
§ I. Grosses réparations.....	302
§ II. Améliorations	303
CHAPITRE TROISIÈME. — <i>Effets de l'extinction de l'usufruit en ce qui concerne les obligations commerciales.</i>	315
<i>Section I. — Obligations antérieures à l'ouverture de l'usufruit. — Libération de l'usufruitier.</i>	317
<i>Section II. — Obligations contractées par l'usufruitier au cours de l'usufruit.</i>	324
§ I. Essai d'une explication du transfert au nu-propriétaire des obligations contractées par l'usufruitier	325
§ II. Application du système proposé dans les rapports de l'usufruitier, du nu-propriétaire et des tiers.....	329
CONCLUSION	334
TABLEAU DES ABRÉVIATIONS.....	337
BIBLIOGRAPHIE. — I. Ouvrages	339
II. Articles, notes et rapports.....	345
III. Documents parlementaires.....	350
TABLE DES MATIÈRES.....	353

NIORT. — IMPRIMERIE SAINT-DENIS, 11, AVENUE SAINT-JEAN



NIORT

IMPRIMERIE SAINT-DENIS

11, Avenue Saint-Jean